

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne

Gobert, Didier; Montero, Etienne

Published in:

Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, D & Montero, E 2001, Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne. Dans *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et proposition de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*. Cahiers du CRID, Numéro 19, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 199-244.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE V

LES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

SECTION 1

LE TRAITEMENT DES OBSTACLES FORMELS AUX CONTRATS EN LIGNE

Didier GOBERT et Étienne MONTERO

I. PRÉSENTATION ET ENJEUX DE L'ARTICLE 9

376. Aux termes du considérant n° 34 de la directive sur le commerce électronique, “[c]haque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique (...)”. L’article 9 fait écho à cette généreuse requête. Cette disposition s’articule en trois paragraphes que nous examinons tour à tour.

A. Examen de l’article 9, § 1^{er}

377. L’article 9 fait obligation aux États membres de faire en sorte que “leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique”. A ce titre, ils doivent notamment veiller “à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l’utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d’effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu’ils sont passés par voie électronique”. Cette disposition demande donc aux États membres d’adapter leur système juridique afin de rendre effectivement possible le recours aux contrats par voie électronique.

La directive sur le commerce électronique n’oblige pas nécessairement de supprimer les exigences de forme, mais de faire en sorte que celles-ci – qui poursuivent divers objectifs (voy. *infra*, n^{os} 394 et s.) – puissent également être satisfaites par voie électronique. En effet, selon le considérant n° 35, “la présente directive n’affecte pas la possibilité pour les États membres de maintenir ou d’établir pour les contrats des exigences juridiques générales ou spécifiques qui peuvent être satisfaites par des moyens électroniques (...)”.

378. Même si cela semble aller de soi, précisons que, selon le considérant n° 37, “l’obligation faite aux États membres d’éliminer les obstacles à l’utilisation des contrats électroniques ne concerne que les obstacles résultant d’exigences juridiques et non pas les obstacles d’ordre pratique résultant d’une impossibilité d’utiliser les moyens électroniques dans certains cas”. Par exemple, les États membres n’ont pas l’obligation d’équiper l’ensemble des ménages d’un ordinateur avec une connexion Internet, ni de les former à l’utilisation de ces moyens de communication, afin que ceux-ci puissent désormais passer des contrats par voie électronique ! Dans un autre ordre d’idées, peut également être considérée comme un obstacle d’ordre pratique, par exemple, l’obligation de délivrer, en matière d’assurance automobile, une carte “verte” sur support-papier, destinée à être conservée dans le véhicule.

379. L’obligation imposée aux États membres est contraignante. En effet, selon l’exposé des motifs, il s’agit d’une obligation de *résultat*. De surcroît, le contenu de cette obligation est précisé comme suit :

- les États membres ont l’obligation de faire un *examen systématique* de leurs réglementations susceptibles d’empêcher, limiter ou dissuader l’utilisation des contrats par voie électronique ;
- les États membres doivent faire cet *examen de manière qualitative*, ce qui signifie qu’ils ne peuvent pas se limiter à modifier dans la réglementation des mots clés (par exemple “papier”, “écrit à la main” ou “manuscrit”), mais doivent identifier tout ce qui en pratique peut empêcher, de manière directe ou indirecte, l’utilisation “effective” des contrats électroniques (par exemple, s’assurer de la validité d’un contrat conclu par un agent électronique)⁴⁶⁷.

En guise d’illustration, les États membres doivent, par exemple⁴⁶⁸ :

- supprimer les dispositions qui interdisent ou limitent manifestement l’utilisation des moyens de communication électroniques (par exemple, l’article 1326 du Code civil dont il résulte que “Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s’engage envers l’autre à lui payer une somme

⁴⁶⁷ Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 27 et considérant n° 34 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (cité, en abrégé, commentaire article par article ou exposé des motifs, avec indication de la page).

⁴⁶⁸ Commentaire article par article, pp. 26 et 27.

d'argent ou une chose appréciable, doit être *écrit en entier de la main* de celui qui le souscrit (...)” ;

- ne pas donner au contrat conclu par voie électronique un effet juridique faible qui reviendrait à favoriser en pratique l'utilisation des contrats sur support papier (par exemple, en établissant une hiérarchie entre la preuve littérale électronique et la preuve littérale traditionnelle⁴⁶⁹) ;
- adapter les exigences de forme qui ne peuvent être remplies par voie électronique ou, à tout le moins, qui créent une insécurité juridique dans la mesure où il n'est pas certain qu'elles puissent être appliquées au contrat électronique (pour des problèmes d'interprétation par exemple) ;
- ne pas empêcher l'utilisation de certains systèmes électroniques comme les agents électroniques intelligents⁴⁷⁰.

380. Si l'article 9 vise la “conclusion des contrats par voie électronique”, il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée exacte de cette disposition. Sont visées, en réalité, toutes les étapes du processus contractuel. En effet, nous serions en présence d'un obstacle indirect si la conclusion pouvait se faire par voie électronique, alors que l'offre préalable devrait prendre la forme papier ! Les travaux préparatoires de la directive ne laissent planer aucun doute à cet égard. Ainsi, les États membres doivent supprimer les obstacles formels aux étapes suivantes :

- la publicité ;
- la négociation ;
- l'invitation de faire une offre de contracter ou l'offre de contracter ;
- la conclusion du contrat ;
- l'envoi de l'offre ou du contrat ;
- l'enregistrement ou le dépôt ;
- la modification ou la résiliation du contrat ;
- la facturation (la problématique est essentiellement fiscale) ;
- l'archivage du contrat⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ A ce sujet, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, “L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, pp. 114-128, spéc. pp. 126 à 127.

⁴⁷⁰ Pour une approche des questions de droit contractuel posées par l'utilisation des agents électroniques, voy. J.-F. LEROUGE, “The use of electronic agents questioned under contractual law : suggested solutions on a european and american level”, in *The John Marschall Journal of Computer and Information Law*, Vol. XVIII, N° 2, 1999, pp. 403-433 ; John P. FISCHER, “Computers as agents : Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2”, *Indiana Law Journal*, 72, 1997, p. 545.

⁴⁷¹ Commentaire article par article, p. 26.

Au total, il ne doit y avoir aucun obstacle juridique à l'automatisation complète du processus contractuel.

381. Il ressort de cette observation que les législations devant faire l'objet d'un examen systématique sont nombreuses et concernent toutes les branches du droit⁴⁷². Ces législations sont notamment :

- le Code civil (droit commun des contrats et contrats spéciaux : baux, vente, dépôt, mariage, constitution d'un usufruit, société, donation, prêt, gage, hypothèque, cession de créance, etc.) ;
- le Code judiciaire (par exemple, les articles 1194 à 1204 relatifs à certaines ventes du mobilier, les articles 1287 et suivants relatifs au divorce par consentement mutuel, les articles 1676 et suivants relatifs à la convention d'arbitrage, etc.) ;
- le Code de commerce (contrats de transport, de société, d'assurance, de louage maritime, etc.) ;
- la loi relative au droit d'auteur (par exemple l'obligation de prouver par écrit le contrat de cession de droits⁴⁷³) ;
- le Code pénal et le Code d'instruction criminelle (article 216*bis* relatif à la transaction) ;
- le droit administratif, notamment en matière de marché public (il y a contrat lorsqu'une offre est retenue dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public) ;
- les législations protectrices de la partie dite "faible" (consommateur, travailleur...), telles que les lois sur les pratiques du commerce, le crédit à la consommation, certaines espèces de contrats de travail, etc. ;
- etc.

Il est matériellement impossible d'effectuer un examen systématique de la totalité de ces législations. Notre examen s'est donc limité à un échantillon de législations qui sont jugées représentatives des divers obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique (*infra*, n^{os} 400 et s.). Certaines législations ont également été exclues de l'examen en raison du fait qu'elles peuvent bénéficier des exceptions visées au deuxième paragraphe de l'article 9.

⁴⁷² Dans l'hypothèse de l'adoption de dispositions modificatives transversales, il conviendra donc d'être attentif à la portée de celles-ci.

⁴⁷³ Cf. l'art. 3, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 1994, pp. 19297 et s.

B. Les exceptions de l'article 9, § 2

382. Selon le paragraphe 2 de l'article 9, "Les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes :

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ;
- les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ;
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions".

Pour ces catégories de contrats, les États membres ne sont pas tenus d'effectuer l'examen systématique évoqué ci-dessus et de supprimer les obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. Les contrats ainsi exclus sont notamment :

- la vente, la donation, l'hypothèque d'un bien immobilier ;
- la constitution d'un usufruit sur un bien immobilier ou d'un droit d'habitation ;
- le contrat de mariage ;
- les contrats devant être conclus devant un notaire ou un officier public, donc les actes authentiques ;
- contrat de gage ou de caution personnelle, etc.

383. Il est logique que, pour ces contrats dont la conclusion doit être entourée de nombreuses garanties (autres que la seule exigence d'un écrit) – telles que l'intervention d'un tiers (notaire, juge...), un enregistrement à des fins d'opposabilité, la réalisation d'un inventaire matériel, la présence de témoins, etc. –, la Commission laisse le temps aux États membres d'effectuer un examen poussé de chacune des dispositions afin de déterminer, au cas par cas, l'objectif poursuivi par chacune des formalités et d'évaluer comment ils pourraient assurer la réalisation de ces objectifs dans l'environnement électronique (par exemple, les témoins ou le notaire pourraient-ils agir à distance par voie électronique ?, l'enregistrement auprès de l'administration fiscale pourrait-il se faire en ligne ?). Les États membres peuvent difficilement autoriser juridiquement la conclusion de ce type de contrats par voie électronique si les réseaux opérationnels ne sont pas mis en place et s'ils

n'ont pas idée des techniques informatiques qui pourraient offrir les garanties requises.

Une solution intermédiaire – inspirée de celle qui a été adoptée par la loi française pour l'acte authentique électronique – semblerait toutefois acceptable. Via les articles 1316-4 et 1317, le législateur français a d'ores et déjà posé le principe selon lequel l'acte authentique peut être dématérialisé, étant admis que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. Toutefois, étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que sa dématérialisation ne remette pas en cause les garanties de l'authenticité, la France a voulu se donner le temps d'effectuer un travail d'approfondissement tant sur le plan juridique que technique en vue de vérifier que les exigences de l'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. C'est pourquoi le texte renvoie sagement la question de sa mise en œuvre pratique à l'adoption d'un *décret*.

La Belgique pourrait faire de même via un arrêté royal, pourvu qu'une loi préalable consacre la possibilité de l'acte authentique électronique.

C. La justification du maintien des exceptions : l'article 9, § 3

384. Le paragraphe 3 ajoute que les États membres sont tenus d'indiquer à la Commission les catégories visées au paragraphe 2 auxquelles ne s'appliquent pas le paragraphe 1. En outre, ils doivent soumettre tous les cinq ans à la Commission un rapport sur l'application du paragraphe 2 en expliquant les raisons pour lesquelles ils estiment nécessaire de maintenir les catégories visées au paragraphe 2, point b, auxquelles ne s'appliquent pas le paragraphe 1.

Cette obligation de *motivation* du maintien des exclusions ne s'applique donc qu'aux "contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique" et n'est applicable pour la première fois que 5 ans après la transposition de la directive. Ainsi, au stade de la transposition, les États membres peuvent, s'ils le souhaitent, se limiter à indiquer à la Commission qu'ils n'appliqueront pas le paragraphe 1^{er} à toutes les catégories visées au paragraphe 2.

II. TYPOLOGIE DES MANIFESTATIONS ET DES OBJECTIFS DU FORMALISME

385. C'est devenu un lieu commun de souligner la montée en puissance du formalisme dans les lois adoptées ces dernières années, spécialement dans le champ des contrats conclus avec les consommateurs et en droit du travail⁴⁷⁴. Nous aurons l'occasion de prendre la mesure du phénomène au moment d'examiner, tour à tour, les exigences de forme prescrites, ça et là, dans notre législation. Mais, auparavant, il convient d'exposer succinctement les manifestations et les objectifs du formalisme.

A. Les manifestations du formalisme

386. Parmi l'ensemble des manifestations du formalisme, on constate que les exigences de forme peuvent être de quatre types. Le formalisme peut être relatif au support (1.), à la présence humaine ou à la localisation (2.), à l'implication de tiers (3.)⁴⁷⁵ et, dans certains cas, à la remise de la chose (4.). Soulignons que ces différentes manifestations du formalisme peuvent être cumulées.

1. Le formalisme relatif au support

387. Les manifestations du formalisme relatif au support sont probablement les plus nombreuses dans nos législations et peuvent présenter différents visages. Par formalisme relatif au support, on vise des formalités telles que l'exigence d'un support *papier*, d'une *notification* ou d'un *écrit* (le cas échéant, l'acte doit être *écrit en entier de la main* de celui qui s'oblige), la nécessité d'une *signature*, de *mentions manuscrites* ou d'un envoi par *lettre* ou par *lettre recommandée à la poste*, la référence à l'utilisation d'un *document* ou *formulaire particulier*, la nécessité de créer plusieurs *exemplaires*, l'exigence de *mentions obligatoires*, des *originaux multiples*, d'une *impression* ou d'une *publication*, la nécessité de présenter une *copie*, de faire une *déclaration expresse*, de rédiger un *avenant*, de délivrer un *bon de commande* ou une

⁴⁷⁴ A propos de la renaissance du formalisme, voy., notamment, M. FONTAINE, "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse", in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627, n° 19 ; J.-L. FAGNART, "La formation et l'exécution des contrats", in E. BALATE et J. STUYCK (éds), *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur/Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Coll. Droit et Consommation, XVIII, Bruxelles, E. Story-scientia, 1988, pp. 120 et s. ; T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, spéc. pp. 211 et s., n° 96 et les réf.

⁴⁷⁵ Voy. le commentaire article par article, p. 27.

facture, de présenter les informations publicitaires sous forme de *prospectus*, etc.

Etant donné la grande variété des formes exigées, il semble qu'une disposition générale et transversale devrait suggérer que les "formalités" prescrites à chacune des étapes du "processus contractuel" doivent pouvoir être désormais accomplies, sous une forme équivalente, dans l'environnement électronique. Dans le commentaire article par article, pareille disposition devra être suffisamment *explicitée* afin de montrer que la notion de "processus contractuel" ne vise pas seulement l'étape de la conclusion du contrat, mais s'étend à l'ensemble des étapes de ce processus (publicité, offre, conclusion, enregistrement, résiliation, archivage, etc.). Il s'agira aussi d'*illustrer* le concept de "formalité" à l'aide d'une liste exemplative des formalités relatives au support.

388. Précisons d'emblée que l'exigence d'un écrit est fréquente. Malheureusement, force est de constater que la confusion règne sur cette notion. En effet, trop souvent, l'écrit se confond à l'acte sous seing privé ainsi qu'à son support. On lui cherche dès lors des qualités fonctionnelles (lisibilité, inaltérabilité, stabilité) qui le rendent apte à servir notamment au plan probatoire, alors qu'elles n'appartiennent aucunement à l'essence de la notion. En réalité, certaines de ces qualités sont inhérentes, non à l'écrit, mais au papier, qui était le support traditionnel de l'écrit⁴⁷⁶.

Or, il en va différemment dans le contexte électronique. Il est parfaitement concevable de maintenir l'inaltérabilité du contenu d'un message alors même que celui-ci change de support (tel est le cas, par exemple, d'un fichier signé numériquement qui se trouve sur une disquette, qui est ensuite transféré sur un disque dur et enfin sur un réseau). On constate que l'inaltérabilité du contenu du message n'est plus assurée par le support mais par un mécanisme technique (de signature numérique ou autre) qui fige logiquement, et non plus physiquement, le contenu de l'écrit électronique. On constate donc un glissement des garanties, traditionnellement assurées par le papier, vers le mécanisme de signature électronique. Ainsi, il convient d'être attentif à ne pas faire peser sur la notion d'écrit des garanties qui, d'une part, ne relèvent pas de l'écrit, mais du support-papier, d'autre part, ne sont plus assurées dans l'environnement électronique par le support, mais par le mécanisme de signature.

⁴⁷⁶ D. GOBERT et E. MONTERO, *op.cit.*, pp. 114 et s. ; D. MOUGENOT, "Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?", in *Revue Ubiquité*, 2000/7, pp. 121-128 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, "La preuve du contrat conclu par voie électronique" in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du jeune barreau de Liège, 2001, pp. 130 et s.

La confusion sur la notion d'écrit est alimentée par bon nombre de législations, comme nous le verrons par la suite, qui exigent un écrit, notamment à des fins probatoires, sans préciser s'il s'agit d'un simple écrit ou d'un écrit signé. Or, en général, l'écrit doit toujours présenter l'une ou l'autre qualité additionnelle (il doit se trouver sur un support durable, il doit être signé...) pour qu'une force probante particulière lui soit attachée. Ces qualités ne relèvent donc pas de l'essence de l'écrit, mais elles sont requises à titre complémentaire pour qu'il puisse valoir comme preuve. A ce titre, il convient de laisser le soin au juge d'analyser si les garanties supplémentaires, non directement spécifiées par la loi, sont assurées ou non.

2. Le formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation

389. Le formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation est moins fréquent, mais apparaît néanmoins ça et là. Sont visées des formalités telles que la nécessité de négocier ou de conclure en présence des parties ou dans des lieux particuliers, la nécessité d'effectuer un inventaire, l'obligation de vendre dans les locaux où les produits étaient habituellement mis en vente, etc. En guise d'illustration, relevons les formalités relatives à l'usufruit. Selon l'article 600 du Code civil, l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en *présence du propriétaire*, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. En pratique, il paraît difficile que cet inventaire puisse se faire par voie électronique dans la mesure où il nécessite que les parties concernées se rendent physiquement dans le lieu afin de constater visuellement l'état des biens meubles et immeubles faisant l'objet de l'usufruit et de répertorier ceux-ci.

La directive ne s'est pas étendue sur la notion d'obstacles pratiques à l'utilisation de contrats électroniques. La frontière n'est pas nette entre les obstacles résultant d'exigences juridiques et ceux d'ordre pratique. On devrait toutefois pouvoir défendre l'idée que le formalisme relatif à la présence humaine ou à la localisation apparaît généralement davantage comme un obstacle d'ordre pratique (et non juridique), avec la conséquence qu'il n'est pas exigé d'y mettre fin. Ceci dit, au cas où une interprétation contraire était avancée, rappelons que la directive n'oblige pas de supprimer les exigences juridiques de forme, mais uniquement de faire en sorte que celles-ci puissent également être satisfaites par voie électronique. Le cas échéant, une disposition générale et transversale de nature à englober les multiples espèces de formalités et de les ouvrir au contexte électronique devrait être d'un grand secours (*infra*, n° 442).

3. Le formalisme relatif à l'implication de tiers

390. Le formalisme relatif à l'implication de tiers est généralement requis pour des actes “graves” (contrat de mariage, vente immobilière, donation, etc.), pour lesquels il est impératif de faire prendre conscience aux parties de l'importance de l'engagement pris, d'offrir à celles-ci les conseils d'un professionnel ou encore de protéger des intérêts publics (assurer la sécurité juridique grâce à l'effet préventif des formalités, permettre le contrôle de certains actes pour des raisons fiscales, etc.). Ainsi, sont visées les formalités telles que l'authentification d'un acte par un notaire ou un autre officier public, la conclusion d'un contrat en présence de témoins, l'enregistrement ou le dépôt d'un acte auprès d'un tiers ou d'une autorité publique, la signification d'un acte par exploit d'huissier, la déclaration de la renonciation au renouvellement d'un acte devant le juge, etc.

4. Le formalisme relatif à la remise de la chose

391. Certains contrats – dits “réels” – se caractérisent par la circonstance que leur formation est subordonnée à la remise de la chose qui fait l'objet du contrat.

En droit romain, la catégorie des contrats réels traduisait une atténuation du formalisme. La remise de la chose remplaçait les rites et paroles solennels dont dépendait généralement la formation des contrats. L'admission du principe du consensualisme dans le Code civil n'a cependant pas entraîné le rejet des contrats réels⁴⁷⁷.

Bien qu'ils ne les aient pas fait figurer dans les catégories définies par les articles 1101 et suivants, les rédacteurs du Code civil ont incontestablement entendu maintenir les contrats réels. Cette intention a été clairement indiquée au cours des travaux préparatoires⁴⁷⁸. On peut en dénombrer trois dans le Code civil : le *gage* (art. 2071 et s.)⁴⁷⁹, le *prêt* – qu'il s'agisse du *prêt à usage* ou *commodat* (art.1875) ou du *prêt de*

⁴⁷⁷ H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 3^e éd., 1964, p. 424, n° 455 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 70, n° 80.

⁴⁷⁸ FENET, t. XV, p. 204 et 214 : “La remise de la chose (...) est de l'essence du contrat”.

⁴⁷⁹ L'article 2076 du Code civil précise que le privilège du créancier gagiste ne subsiste que pour autant que le gage ait été *mis et est resté en possession* du créancier ou d'un tiers convenu entre parties.

consommation (*mutuum* en droit romain) (art. 1892)⁴⁸⁰ – et le *dépôt* (art. 1915)⁴⁸¹. On peut y ajouter le *don manuel*, qui constitue un cas particulier : on le qualifie de réel de façon à le faire échapper à la règle de l'article 931 du Code civil, dont il résulte que les donations se font exclusivement sous la forme d'actes authentiques passés devant notaires. Il s'agit ici de protéger le donateur contre sa propre légèreté et contre la captation, tout en n'exigeant pas la lourdeur et le coût qu'implique l'acte authentique.

La tradition, pure opération matérielle, permet de rendre compte de relations contractuelles relativement simples. Ainsi, dans la vie courante, lorsqu'un individu appréhende une chose mise à sa disposition (un chariot de grand magasin, une plume...), le prêt à usage est à la fois formé et déterminé en tous ses éléments. La seule obligation de l'emprunteur est d'utiliser la chose comme prévu et de la restituer après usage.

Toutefois, il arrive souvent que la volonté des parties joue un rôle plus important : elle *détermine la qualification* du contrat et *fixe les modalités* de celui-ci, telles que la rémunération du dépositaire, ou, dans le prêt d'argent, le taux de l'intérêt et la date de restitution. Ces modalités peuvent prendre une telle importance qu'elles devront pratiquement être fixées dans un avant-contrat, préalablement à la remise de la chose. Traditionnellement, on fait alors état d'une promesse de contrat, distincte du contrat définitif, dont l'inexécution est sanctionnée par des dommages et intérêts⁴⁸².

Tout en rejetant le formalisme, au sens romain, selon lequel la volonté serait impuissante, par elle-même, à produire des effets juridiques, les auteurs classiques considèrent que les contrats sont réels "par la force des choses", l'obligation de restituer ne pouvant naître qu'au moment de la remise de la chose.

⁴⁸⁰ Le terme "*livre*" utilisé dans les articles 1875 et 1892 du Code civil permet également de conclure à la nécessité d'une remise de la chose pour que les contrats de prêts à usage et/ou de consommation soient valablement formés.

⁴⁸¹ Aux termes de l'article 1919, le dépôt n'est *parfait* que par la *tradition réelle ou feinte* de la chose déposée. Les contours d'une éventuelle *tradition feinte* sont définis dans le second alinéa : il s'agit de la situation dans laquelle "le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt".

⁴⁸² L'efficacité d'une telle promesse marque une nette différence entre les contrats réels et les contrats solennels. Pour ces derniers, en effet, la promesse doit revêtir, en principe, la même forme que le contrat lui-même. Il en résulte que l'efficacité de la promesse est écartée à l'égard des dons manuels, pour lesquels la *traditio* joue le rôle des formes solennelles imposées par l'article 931 du Code civil pour les donations. Voy. J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 365, n° 340.

392. La doctrine majoritaire tend actuellement à rejeter cette catégorie de contrats en arguant qu'elle n'aurait plus sa place dans un système dominé par le principe du consensualisme.

On fait valoir que, dans la réalité des choses, le contrat s'est formé par l'accord des parties, et la remise de la chose n'en marque pas la naissance, mais le premier acte d'exécution⁴⁸³. En effet, l'avant-contrat, dont il a été question plus haut, peut venir masquer complètement les éléments essentiels du contrat réel subséquent, au point que la remise de la chose n'apparaît plus que comme l'exécution de l'une des prestations convenues. L'argument selon lequel le contrat se forme nécessairement par la remise de la chose (dès l'instant où la restitution de celle-ci ne peut devenir obligatoire avant l'entrée en possession), n'apparaît pas décisif. Il y est répondu, dans les cas où le contrat réel est synallagmatique⁴⁸⁴, que l'interdépendance des obligations réciproques suffit à justifier (notamment, sur le fondement de l'absence de cause) que l'emprunteur, par exemple, ne puisse être tenu de restituer ce qu'il n'a pas reçu. En toute hypothèse, on peut s'engager à restituer une chose sous condition suspensive de la remise de celle-ci. Ainsi éviterait-on l'artifice qui consiste à scinder l'opération en un contrat réel précédé d'un avant-contrat consensuel (synallagmatique, le cas échéant). On évoque enfin l'existence d'autres contrats, incontestablement consensuels, dans lesquels l'obligation de restitution n'est pas due avant que la chose ait été reçue. Tel est le cas du louage de chose : il est clair que le preneur n'est tenu de restituer la chose louée que s'il a été préalablement mis en possession⁴⁸⁵. Quoi qu'il en soit, notre droit positif a entendu maintenir la catégorie des contrats réels.

Cela étant, une fois admise la validité des avants-contrats, par lesquels les parties aménagent les modalités du contrat, il n'y a pas d'inconvénients pratiques à maintenir la catégorie des contrats réels, qui présentent l'intérêt d'attirer l'attention sur l'importance d'un élément matériel irréductible.

393. Ces considérations nous inclinent à penser que l'article 9 de la directive n'oblige pas le législateur à supprimer cette catégorie de

⁴⁸³ En réalité, le caractère réel du contrat a pour effet principal de fixer le *moment* de la formation du contrat, son effet accessoire étant de supprimer l'obligation de délivrance.

⁴⁸⁴ Avec H. DE PAGE, on peut observer qu'un contrat réel n'est pas nécessairement unilatéral. En effet, certaines obligations peuvent être mises à charge du créancier de l'obligation de restitution : dans le dépôt salarié, un salaire est stipulé à charge du déposant ; dans le prêt à intérêt, le prêteur est tenu à l'obligation de garantie inhérente à tout contrat à titre onéreux. Dans ces hypothèses, le contrat réel est incontestablement synallagmatique (*Traité*, t. 2, 3^e éd., 1964, p. 428, n° 455).

⁴⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 3^e éd., 1964, p. 425, n° 455.

contrats. Elle reste utile pour les raisons et dans la mesure évoquées par le dernier auteur cité. Rien n'empêche, par ailleurs, de conclure par voie électronique des conventions consensuelles ayant pour objet le prêt d'une chose, une mise en gage ou un dépôt. Par contre, le caractère réel du don manuel ne fait aucun doute, cette sorte de donation ne pouvant évidemment se former que par la remise de la chose (puisque le contrat "consensuel" de donation est, en réalité, un contrat solennel, dont la validité est subordonnée au respect des formes prescrites à peine de nullité)⁴⁸⁶. On ne voit donc pas comment un don manuel pourrait être réalisé par voie électronique en l'état actuel de notre droit. Mais, cette impossibilité peut être justifiée au titre de l'article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

B. Les objectifs du formalisme

394. Dans quel but les textes imposent-ils des exigences de forme dans la conclusion de certains types de contrats ? Le formalisme est destiné, notamment :

- 1° soit à protéger le consentement d'une partie au contrat (à travers une information claire et précise sur la portée de son engagement) ;
- 2° soit à favoriser un contrôle par une autorité administrative, voire par le juge, sur le contrat conclu⁴⁸⁷ ;
- 3° soit à faciliter la preuve de l'existence d'un contrat et des droits qui en découlent ;
- 4° soit à permettre l'opposabilité aux tiers de certains actes juridiques ;
- 5° soit à protéger des intérêts publics.

Les objectifs du formalisme sont multiples et il serait vain de prétendre en dresser une liste exhaustive, d'autant que chacun des objectifs généraux identifiés peut encore être subdivisé en divers objectifs particuliers. Ainsi, le "Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)"⁴⁸⁸, énumère, dans une liste non exhaustive, pas moins de onze fonctions traditionnellement assignées à la seule exigence de l'écrit sur papier : "1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles ; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat ; 3) fournir un document lisible par tous ; 4) fournir un document inaltérable

⁴⁸⁶ H. DE PAGE, *Traité*, t. 2, 3^e éd., 1964, p. 428, n° 455.

⁴⁸⁷ Tel est, en particulier, un des buts du formalisme imposé dans la conclusion de certains types de contrats de travail. A ce sujet, M. VERICEL, "Le formalisme dans le contrat de travail", *Dr. Soc.*, 1993, pp. 818-825, spéc. pp. 819 à 820.

⁴⁸⁸ Disponible sur l'internet à l'adresse suivante : www.uncitral.org/fr-index.htm.

et conserver en permanence la trace de l'opération ; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux ; 8) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention ; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible ; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires ; 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un écrit était requis aux fins de validité".

395. Par ailleurs, les diverses finalités du formalisme ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Au contraire, dans la plupart des cas, une exigence de forme poursuit divers objectifs. Deux exemples suffisent à illustrer ce propos : 1° le formalisme probatoire poursuit souvent, en outre, un objectif de protection dans la mesure où l'exigence de l'écrit, éventuellement signé, amène les parties à mieux mesurer la portée et l'étendue de leur engagement ; 2° le formalisme lié à l'intervention d'un tiers (notaire, le plus souvent) poursuit au moins un triple objectif : il est à la fois relatif à la preuve (date certaine...), à la protection du consentement (dès l'instant où pèse sur le tiers un devoir d'information et de conseil) et à la protection des intérêts publics⁴⁸⁹.

Ces remarques suffisent à montrer les multiples facettes et buts du formalisme. Qu'il nous soit permis de nous en tenir aux trois objectifs du formalisme généralement retenus par la doctrine classique : le formalisme à des fins de protection (1), le formalisme à des fins probatoires (2), le formalisme à des fins de publicité (3).

1. Le formalisme à des fins de protection

396. Bon nombre d'exigences de forme – on songe, en particulier, au formalisme de l'écrit et des mentions obligatoires – sont prescrites dans un but de protection du consentement des parties à l'acte juridique, le plus souvent de la partie dite faible. Les formalités imposées à cette fin représentent généralement un élément de validité du contrat. Dans ce cas, il est fait entorse au principe du consensualisme. Dès l'instant où l'accord

⁴⁸⁹ A cet égard, voy., par exemple, J.-F. TAYMANS, "Recueillir et authentifier le consentement : l'expérience notariale confrontée à la certification électronique", in B. DE NAEYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 347-362.

des volontés ne suffit pas, à lui seul, à faire naître valablement un contrat, ce dernier peut être qualifié de solennel⁴⁹⁰.

Outre les exemples qui viennent spontanément à l'esprit, tels que la donation et le contrat d'hypothèque (qui, pour être valables, doivent emprunter la forme authentique), on relève que nombre de contrats de travail et la plupart des contrats conclus avec les consommateurs sont à ranger, aujourd'hui, dans la catégorie des contrats solennels. En effet, cette qualification s'impose dans les hypothèses toujours plus nombreuses où le consentement doit s'exprimer, à peine de nullité, dans les formes, parfois très contraignantes, fixées impérativement par la loi.

2. Le formalisme à des fins probatoires

397. Il est des cas où la loi impose le respect de certaines formes pour démontrer l'existence d'un contrat et pour pouvoir obtenir la reconnaissance des droits contractuels⁴⁹¹. L'article 1315 du Code civil pose en règle que "celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation". Dans l'administration de la preuve, il y a lieu de distinguer, en pratique, selon que l'existence d'un contrat est opposée à un commerçant ou à un non-commerçant⁴⁹².

Dans le premier cas, la preuve est libre: une personne peut donc établir l'existence d'un contrat passé entre elle et un commerçant *par toutes voies de droit*, et notamment par témoignages ou présomptions. Encore faudra-t-il pouvoir convaincre le juge de son bon droit.

Dans la seconde hypothèse, soit lorsqu'il s'agit d'établir qu'un non-commerçant a conclu un contrat et dès lors que celui-ci porte sur une somme supérieure à 15.000 FB, la preuve doit être rapportée par *écrit*, lequel n'aura de force probante qu'à la condition d'être *signé* (art. 1341 C. civ.). Il est à noter que le législateur ne précise pas formellement que, pour valoir preuve, l'acte sous seing privé doit avoir été constaté par un écrit. Il n'en reste pas moins que la seule condition de signature sous-tend l'exigence distincte, quoique non spécifiée dans la loi, de l'écrit.

⁴⁹⁰ Cf., par exemple, J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁹¹ Sur le droit de la preuve en général, R. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du "Répertoire Notarial", Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Précis de la Faculté de Droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1991.

⁴⁹² Pour plus de nuances, X. DIEUX, "La preuve en droit commercial", *R.D.C.*, 1986, pp. 84 et s.

398. A défaut de signature, l'écrit aura tout au plus la valeur probatoire d'un "commencement de preuve par écrit" et ne permettra de prouver l'engagement de son auteur que dans les conditions de l'article 1347 et s'il est corroboré par d'autres éléments de preuve tels des témoignages et présomptions.

Seul l'original vaut comme acte sous seing privé, à l'exclusion des copies. Ces dernières ne peuvent être produites, utilement, dans les procédures, que s'il n'existe aucune contestation sur leur conformité à l'original (art. 1334 C. civ.). En matière civile, il est exigé, par ailleurs, que l'acte sous seing privé soit rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, chaque original devant contenir la mention du nombre des originaux (art. 1325 C. civ.)⁴⁹³.

Le formalisme probatoire n'affecte pas la validité du contrat mais, en cas de contestation, il est de nature à faciliter la preuve de l'existence du contrat et des droits qui en découlent. En cas de non-respect d'une formalité prescrite *ad probationem*, le contrat reste donc valable, mais son exécution pourra être difficile à obtenir.

3. Le formalisme à des fins de publicité

399. Dans certains cas, des formalités sont imposées à des fins d'opposabilité aux tiers. Outre les hypothèses bien connues de la transcription de la vente immobilière dans le registre de la conservation des hypothèques, de l'enregistrement du bail d'habitation ou de la notification de la cession de créance au débiteur cédé, on donnera d'autres exemples particuliers à l'occasion de notre examen de législations particulières.

La sanction prévue en cas de non-respect des formalités prescrites est ici l'inopposabilité du contrat aux tiers, sa validité et son exécution n'étant, quant à elles, nullement affectées.

III. ILLUSTRATIONS DE CERTAINES EXIGENCES DE FORME DANS LA LOI

400. Comme le suggère l'intitulé de ce chapitre, notre propos est de relever et d'analyser les exigences de forme prescrites dans quelques législations significatives. Notre arsenal législatif est si vaste qu'il eut été

⁴⁹³ La doctrine considère unanimement que cette disposition ne s'applique pas en matière commerciale. Cf. P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1988, p. 165, n° 244, et les réf. citées.

téméraire de prétendre faire le tour de la question de manière exhaustive. D'autant que l'expérience de l'adaptation de nos textes normatifs à l'euro – qui a nécessité l'adoption de centaines d'arrêtés royaux ! – constitue une invitation à la modestie et à la prudence. Aussi nous est-il apparu plus réaliste de nous borner, prudemment, à dégager certaines constantes en matière de formalisme de manière à faciliter l'élaboration de clauses générales d'assimilation, conformément à la désormais célèbre théorie des équivalents fonctionnels^{494, 495}.

A. Le formalisme dans le Code civil

401. Les exigences du Code civil en matière de formalisme sont nombreuses. Certaines sont de nature à faire obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Nous présentons un relevé représentatif de ces formalités, sans toutefois prétendre être exhaustifs.

Les règles relatives à l'usufruit, l'usage et l'habitation consacrent certaines obligations qui peuvent difficilement être accomplies dans l'environnement électronique. En effet, l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en *présence du propriétaire*, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit (art. 600). L'article 626 prévoit la même obligation pour l'usage et l'habitation.

Les règles relatives à la preuve littérale peuvent recevoir une interprétation susceptible de faire indirectement obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

En effet, l'acte authentique est défini à l'article 1317 comme "celui qui a été *reçu* par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le *lieu* où l'acte a été rédigé, et avec les *solennités* requises"⁴⁹⁶. Pour ce qui est des

⁴⁹⁴ Sur la notion d'équivalent fonctionnel, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, "Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales", *J.D.I.*, 1997/2, pp. 323-393, spéc. pp. 380-382 ; D. GOBERT et E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle", *D.A./O.R.*, n° 53, 2000, pp. 17-39.

⁴⁹⁵ Notre analyse s'est appuyée sur quelques études particulièrement précieuses : J.-M. TRIGAUX, "L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats", *Ann. Dr.*, 1997, pp. 189-238 ; X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *J.C.P.*, E, 1999, I 170, pp. 1767-1775 ; P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats : approche de droit comparé", à paraître dans *Études sur la formation des contrats en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ?", in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 509-556. *Adde* : P. MENGOSZI, "La forme des actes relatifs aux rapports contractuels et le droit communautaire", *Rev. Dr. Union européenne*, 2/2000, pp. 313-336.

⁴⁹⁶ Pour des réflexions récentes sur l'acte authentique et le formalisme dans un cadre électronique, voy. A. MICHIELSENS, "Authenticiteit en formalisme", in FRNB/KFBN, *Authenticité et informatique* –

actes authentiques passés devant notaire, la loi du 25 ventôse an XI précise avec minutie, dans ses articles 11 à 17, les règles de forme que doivent respecter les notaires⁴⁹⁷. Sans parler d'éventuels dommages et intérêts, la loi de ventôse prévoit pour *certaines* irrégularités deux types de sanctions : les amendes à charge du notaire et la nullité de tout ou partie de l'acte. Néanmoins, pour éviter que les parties doivent supporter les conséquences d'une faute imputable au notaire, l'article 68 de la loi de ventôse décide que, pour autant qu'il soit signé par toutes les parties contractantes, l'acte irrégulier vaudra comme écrit sous seing privé. De surcroît, en sus de la signature des parties, celle de l'officier public est indispensable. Toutes les signatures apposées sur l'acte authentique doivent être manuscrites et ne peuvent être remplacées par une griffe ou un cachet⁴⁹⁸.

402. Indépendamment des questions de preuve, le Code civil impose à certains contrats la forme authentique, ou à tout le moins, qu'ils soient reconnus en justice ou devant notaire. Ceux-ci sont alors qualifiés de contrats solennels : le non-respect des formes sera sanctionné par la nullité de l'acte. Il en est ainsi pour la copropriété forcée des immeubles ou groupes d'immeubles bâtis (l'acte de base et le règlement de copropriété doivent faire l'objet d'un acte authentique et comprendre des mentions inscrites dans la loi : art. 577-4), les donations entre vifs (art. 931), les conventions matrimoniales (art. 1392), l'hypothèque conventionnelle (art. 76 de la loi du 16 décembre 1851).

Quant à l'acte sous seing privé, la loi n'en donne pas de définition. Il est néanmoins communément admis qu'il s'agit d'un *écrit* établi par de simples particuliers et *signé* par eux⁴⁹⁹. Pour ce qui est de l'écrit, toutes les techniques peuvent être employées pour le corps d'écriture, le texte pouvant même être rédigé au crayon⁵⁰⁰. La notion de signature a par contre été interprétée de manière plus problématique puisque la jurisprudence⁵⁰¹ l'envisage comme le signe par lequel une personne se

Authenticiteit en informatica, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 35 à 76 ; J.-L. SNYERS, "De notariële certificatie en de elektronische authentieke akte", in FRNB/KFBN, *Authenticité et informatique – Authenticiteit en informatica*, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 383 à 424 ; B. VUYLSTEKE, "Cybernotary", in FRNB/KFBN, *Authenticité et informatique – Authenticiteit en informatica*, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 453 à 478.

⁴⁹⁷ La loi du 25 ventôse an XI a été modifiée et complétée, respectivement, par deux lois du 4 mai 1999 publiées au *Moniteur belge* du 1^{er} octobre 1999, pp. 37132 et s. Pour un commentaire des nouvelles dispositions, voy. J.-F. LEDOUX et D. STERCKX, "La réforme du notariat et des actes notariés", *J.T.*, 2000, pp. 209 et s.

⁴⁹⁸ M. VAN QUICKENBORNE, étude précitée.

⁴⁹⁹ R. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 139.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ Cass., 24 févr. et 3 nov. 1910, *Pas.*, 1910, I, pp. 241 et 475 ; Cass., 1^{er} mars 1917, *Pas.*, 1917, I, p. 118 ; Cass., 7 janv. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456 ; Cass., 2 oct. 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 106 ; Cass., 28

présente habituellement à l'égard des tiers, accompagné d'un certain graphisme, qui est apposé de manière manuscrite sur un écrit papier. Mais, comme l'on sait, l'introduction récente de la signature électronique dans notre droit devrait mettre fin à cette interprétation formaliste de la signature (art. 2 de la loi du 20 octobre 2000 qui ajoute un nouvel alinéa à l'art. 1322 C. civ.).

La preuve de la remise d'une dette fait l'objet de dispositions particulières. La *remise* volontaire du *titre original sous signature privée*, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération (art. 1282). La remise volontaire de *la grosse du titre* fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire (art. 1283).

403. La formalité du “bon pour” est classique⁵⁰². L'article 1326 énonce que “[l]e billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être *écrit en entier de la main* de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa *signature*, il ait *écrit de sa main* un bon ou approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose”. L'exigence de mentions manuscrites se trouve également dans les dispositions relatives à la forme des testaments. Selon l'article 970, “[l]e testament olographe ne sera point valable, s'il n'est *écrit en entier, daté et signé de la main* du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme”. Notons qu'il s'agit, dans ces deux cas, de formalités relatives à des actes juridiques unilatéraux. Il ne semble donc pas qu'elles puissent s'analyser en de véritables obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, ces actes n'apparaissant pas comme un préalable à la conclusion d'un contrat. Il en irait différemment si la loi imposait des formalités pour pouvoir émettre une offre de contracter.

404. Le Code civil consacre des règles spécifiques relatives à l'opposabilité de la cession de créance⁵⁰³. En effet, selon l'article 1690, “la cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été *notifiée* au débiteur ou reconnue par celui-ci”. L'article ne précise pas les formes que doit prendre cette notification. On peut donc présumer qu'elles sont libres⁵⁰⁴. De surcroît, on devrait pouvoir

juin 1982, note de M. VAN QUICKENBORNE, “Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé”, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 65-104.

⁵⁰² R. MOUGENOT, *op.cit.*, pp. 158 et s.

⁵⁰³ Pour un commentaire des dispositions relatives à la cession de créance, voy. X. DUGARDIN, S. GILCART et P. WERY, *L'opposabilité de la cession de créance au tiers. Commentaire de la loi du 6 juillet 1994*, Bruges, La Charte, 1995 ; P.-A. FORIERS, M. GREGOIRE et A.-M. STRANART, *La cession de créance*, Jeune Barreau de Bruxelles, 1995.

⁵⁰⁴ En ce sens, X. DUGARDIN, S. GILCART et P. WERY, *op. cit.*, p. 28.

bénéficiaire du nouvel article 2281 selon lequel la notification peut, au-delà de l'écrit papier, également être valablement faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication⁵⁰⁵.

405. Enfin, pour certains contrats nommés, le Code civil exige la rédaction d'un écrit, généralement lorsque la somme dépasse 15.000 BEF, pour pouvoir faire la preuve de l'existence et du contenu du contrat : il en est ainsi pour le contrat de société (art. 1834), le dépôt volontaire (art. 1923), le contrat de gage (art. 2074). Pour d'autres, l'écrit apparaît comme une condition de validité de l'acte : la transaction – contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître – doit être rédigée par écrit (art. 2044), l'antichrèse ne s'établit que par écrit (art. 2085). Pour le reste, les contrats visés par le Code civil sont des contrats consensuels qui se prouvent conformément aux règles de preuve du droit commun (art. 1315 et s.), dominées, comme on sait, par le principe de prééminence de l'écrit signé (art. 1341).

B. Législations particulières dérogatoires au droit commun des obligations

1. Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation⁵⁰⁶

406. Selon l'article 14, § 1^{er}, de la loi, l'offre de crédit doit être formulée *par écrit* et remise ou adressée gratuitement en *plusieurs exemplaires* au consommateur.

Par ailleurs, l'offre doit contenir plusieurs mentions, libres en la forme (art. 14, § 3), ou déterminées en la forme (art. 14, § 4). Dans le premier cas, le mode d'intégration des mentions obligatoires n'est pas précisé (1° les nom, prénom, lieu et date de naissance ainsi que le domicile du consommateur et, le cas échéant, des cautions ; (...); 4° le montant du crédit susceptible d'être consenti ; (...); 6° les conditions d'utilisation et de remboursement du crédit ; etc.). Dans le second cas, la loi apporte des précisions quant à la forme de l'insertion dans le contrat des mentions obligatoires ; concrètement doivent figurer *sous la forme d'alinéas séparés et en caractère gras d'un type différent* :

⁵⁰⁵ Pour un commentaire, D. MOUGENOT et L. GUINOTTE, "La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire", <http://www.droit-technologie.org>

⁵⁰⁶ *M.B.*, 9 juillet 1991, modifiée par la loi du 6 juillet 1992, *M.B.*, 9 juillet 1992.

1° la mention de la durée de la validité de l'offre libellée de la manière suivante : "Cette offre est valable à partir du... jusqu'au... inclus.

La date à partir de laquelle l'offre est valable ne peut être antérieure à la date de la remise de l'offre";

2° à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention : "Ne signez jamais un contrat non rempli";

3° la mention : "Le consommateur ne peut signer ni lettres de change ni billets à ordre pour promettre ou garantir le paiement de ses engagements résultant du contrat de crédit. Il ne peut pas non plus signer de chèques pour garantir ses engagements nés d'un contrat de crédit.";

4° la mention : "Outre le taux annuel effectif global convenu, il ne peut être exigé du consommateur d'autres frais ou indemnités que ceux qui ont été expressément convenus, à l'exception des indemnités convenues en cas d'inexécution du contrat." (voy. art. 14, § 4).

Les exigences de l'article 14 sont renforcées (mentions obligatoires supplémentaires) dans quatre hypothèses : l'offre de vente à tempérament (art. 41), l'offre de crédit bail (art. 49), l'offre de prêt à tempérament (art. 56) et l'offre concernant une ouverture de crédit (art. 58).

En cas de non-respect des mentions prescrites par les articles 14, 41, 49, 56 et 58, le juge peut, sans préjudice des sanctions de droit commun, soit annuler le contrat, soit réduire les obligations du consommateur (art. 86). Il s'agit là d'un mécanisme de sanction assurément original au regard du droit commun des obligations. Dans la mesure où le contrat conclu est susceptible d'annulation en cas de non-respect d'une des formalités prescrites, il est permis d'estimer que le contrat de crédit visé par la loi sur le crédit à la consommation est un *contrat solennel* (dès l'instant où l'accord de volontés ne suffit pas, à lui seul, à faire naître valablement le contrat).

407. L'article 17, alinéa 1^{er}, de la loi ajoute que "le contrat est conclu par la *signature* du *document* contenant l'offre, visée à l'article 14". Le second alinéa du même article dispose que "le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention *manuscrite* et en toutes lettres : "lu et approuvé pour ... francs à crédit." Il doit y apporter également la mention *manuscrite* de la date et de l'adresse précise de la signature du contrat". Ces exigences de mentions manuscrites font obstacle à la conclusion du contrat par voie électronique, du moins si elles font l'objet d'une interprétation formaliste. Il conviendra donc de leur trouver un équivalent électronique dans la loi en projet, en veillant à rencontrer leur but, qui est la protection du consentement du consommateur (moyennant une

information adéquate et en attirant son attention sur le fait que sa signature l'engage juridiquement).

Au titre des mentions obligatoires, on relève également celle prescrite par l'article 46 à propos de la vente à tempérament : lorsque ce contrat comprend une clause de réserve de propriété, le texte de l'article 491 du Code pénal doit être reproduit.

408. Enfin, il est à signaler qu'aux termes de l'article 18, § 3, "lorsque le consommateur renonce au contrat, il notifie sa décision par lettre recommandée à la poste au prêteur". Cette exigence ne fait pas difficulté depuis l'adoption de l'arrêté royal du 9 juin 1999 (recommandé possible sur tout support)⁵⁰⁷. Néanmoins, force est d'admettre qu'elle empêche de recourir aux services de recommandé électronique offerts par des prestataires (privés) autres que la Poste. Cette possibilité découle pourtant de l'arrêté cité, qui réserve à la Poste le service des envois recommandés utilisés dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives, et ce, quel qu'en soit le support (art. 144octies, § 2). Autrement dit, les envois recommandés exigés dans les autres hypothèses devraient pouvoir être réalisés par des sociétés privées, pourvu que soit levé l'obstacle lié à la lettre des dispositions qui, tel l'article 18, § 3, requièrent un envoi recommandé *à la poste*.

2. Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur⁵⁰⁸

409. L'article 2, § 1^{er}, de la loi énonce que toute offre de produits en vente au consommateur doit contenir une indication du prix *par écrit* et d'une manière non équivoque (sauf en cas de vente publique). Il est également précisé que, si les produits sont exposés en vente, le prix doit en outre être indiqué de manière lisible et apparente. L'article 2, § 2, énonce, pour sa part, que toute offre au consommateur de services doit contenir une indication du tarif par écrit d'une manière lisible, apparente et non équivoque.

⁵⁰⁷ Arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *M.B.*, 18 août 1999.

⁵⁰⁸ *M.B.*, 29 août 1991, modifiée à diverses reprises. Sur les "formalités" requises à des fins diverses dans la loi sur les pratiques du commerce, voy. J.-L. FAGNART, "La formation et l'exécution des contrats", *op. cit.*, pp. 120 et s.

410. Par ailleurs, les dispositions suivantes (art. 3 à 5) fixent des règles spéciales concernant l'indication des prix et des quantités. Alors que le droit commun se borne à imposer, sans autre contrainte, que l'offre soit complète, c'est-à-dire porte sur les éléments essentiels et substantiels du contrat, la loi sur les pratiques du commerce exige ainsi que les éléments essentiels soient présentés d'une manière bien précise.

Il s'agit là d'une illustration typique du formalisme de l'écrit et des mentions obligatoires requis au stade pré-contractuel.

411. L'article 78 impose un contenu minimal à l'offre de vente à distance. Lors de pareille opération, "le consommateur doit être informé sans équivoque, de manière claire et compréhensible, *par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée*, notamment sur les éléments suivants :

- 1° l'identité du vendeur et son adresse géographique ;
- 2° les caractéristiques essentielles du produit ou du service ;
- 3° le prix du produit ou du service ;
- 4° les frais de livraison, le cas échéant ;
- 5° les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution du contrat ;
- 6° l'existence ou l'absence d'un droit de renonciation ;
- 7° les modalités soit de reprise, soit de restitution du produit, y compris les frais éventuels y afférents ;
- 8° le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base ;
- 9° la durée de validité de l'offre et du prix ;
- 10° le cas échéant, la durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service (...)"

Dans le cas des contrats à distance toujours, l'article 79, § 1^{er}, dispose que "le consommateur doit recevoir *par écrit* ou sur un *autre support durable*⁵⁰⁹, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants :

- 1° confirmation des informations mentionnées à l'article 18, 1°, 3° à 6° et 10°, ainsi que l'identification du produit ou du service ;
- 2° le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte en première page :

"Le consommateur a le droit de notifier au vendeur qu'il renonce à l'achat, sans pénalités et sans indication de motif, dans les ... jours

⁵⁰⁹ Entendez : sur support-papier ou sur un autre support durable, cette dernière notion ne permettant évidemment pas de faire l'économie de l'écriture.

ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison du produit ou de la conclusion du contrat de service.”

Cette clause est complétée du nombre de jours ouvrables, lequel ne peut être inférieur à sept.

(...)

3° en cas d’absence du droit de renonciation, dans les hypothèses prévues à l’article 80, § 4, la clause suivante, rédigée en caractère gras dans un cadre distinct, en première page : “Le consommateur ne dispose pas du droit de renoncer à l’achat” ;

4° l’adresse géographique de l’établissement du vendeur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;

5° les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existantes ;

6° les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d’une durée supérieure à un an”.

Pensées pour les besoins des contrats à distance en général, ces exigences s’adaptent aisément au domaine spécifique des réseaux numériques. On regrette toutefois certaines formulations par trop imprégnées de la culture du papier (on songe, en particulier, à la clause de renonciation à faire figurer “dans un cadre distinct du texte, en première page” : on sait qu’en informatique, la notion de mise en page est étroitement tributaire des formats utilisés).

412. Pour être complet, on ajoutera qu’aux termes de l’article 37, § 1^{er}, tout vendeur de services est tenu de délivrer gratuitement au consommateur qui en fait la demande un *document* justificatif des tarifs pratiqués. Et aux termes de l’article 39, tout vendeur est tenu de délivrer un *bon de commande* lorsque la livraison du produit ou la fourniture du service est différée et qu’un acompte est payé par le consommateur⁵¹⁰. Ces dispositions nous fournissent l’occasion de souligner l’intérêt de prévoir un équivalent électronique non seulement pour l’écrit, mais aussi pour des termes voisins tels que le document, le bon de commande ou autres.

413. Enfin, on mentionne encore d’autres manifestations du formalisme : nécessité d’une *lettre recommandée* dans certains cas de vente à perte (art. 41, § 2, second alinéa), contrainte de localisation (obligation de vendre dans les locaux où les produits étaient habituellement mis en vente dans les cas de vente en liquidation et en solde (cf. les art. 48 et 51).

⁵¹⁰ Pour mémoire, en matière de contrats à distance, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation (art. 80).

3. Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁵¹¹

414. Selon l'article 10, § 1^{er}, de la loi, sous réserve de l'aveu et du serment, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications *se prouvent* par écrit entre parties. Cette disposition figure à la section III intitulée "Preuve et contenu du contrat". L'exigence d'un écrit ressortit sans conteste au formalisme probatoire. L'absence d'écrit n'affecte dès lors aucunement la validité de l'acte⁵¹².

L'article 10, § 2, précise que le contrat doit contenir une série de mentions (1° la date de conclusion du contrat et la date à laquelle le contrat prend cours ; 2° la durée du contrat ; 3° l'identité du preneur d'assurance ; 4° le nom et l'adresse de l'assureur ou des coassureurs ; etc.). En aucun cas, l'absence d'une des mentions ne saurait compromettre la validité du contrat. Ces mentions ne conditionnent, en effet, que la force probante de l'écrit qui cristallise le contrat d'assurance. A considérer le paragraphe 2 de l'article 10 indépendamment du premier, on peut se demander si, vu le caractère impératif des dispositions de la loi (cf. art. 3), l'absence d'une des mentions ne devrait pas permettre au preneur d'assurance d'invoquer la nullité du contrat ? Cette interprétation ne semble néanmoins pas restituer l'intention du législateur. Si ce dernier avait voulu faire des mentions obligatoires, et de l'écrit qu'elles supposent nécessairement, une formalité de protection, prescrite *ad validitatem*, on n'aperçoit pas pourquoi il aurait pris soin de préciser au paragraphe premier que l'écrit n'a qu'un but probatoire. En réalité, l'absence d'une mention prive seulement l'*instrumentum* de sa pleine et entière valeur probante, mais n'empêche pas celui-ci de constituer un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par des témoignages ou présomptions⁵¹³.

Par ailleurs, l'article 10, § 3, dispose que l'assureur est tenu de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie certifiée conforme des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir. Aucune sanction

⁵¹¹ M.B., 20 août 1992, modifiée par la loi du 16 mars 1994, M.B., 4 mai 1994.

⁵¹² En ce sens, M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, 2^e éd., p. 204 ; P.-H. DELVAUX et M. FONTAINE, "Le nouveau régime du contrat d'assurance terrestre – Loi du 25 juin 1992, loi modificative du 16 mars 1994 et arrêtés d'exécution", *J.T.*, 1995, p. 332 ; J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 209.

⁵¹³ J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 209 ; J.-L. FAGNART, "Formation et exécution du contrat", in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Bruxelles, Academia-Bruylant, 1993, p. 72 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 57 ; M. FONTAINE et P.-H. DELVAUX, *op. cit.*, p. 332.

spécifique ne semble avoir été prévue en cas de non-respect de cette formalité. La prise en considération de l'article 3 permet de penser, ici aussi, que le preneur d'assurance pourrait demander la nullité du contrat. Toutefois, pareille sanction serait disproportionnée par rapport au manquement reproché à l'assureur. L'objectif de l'article 10, § 3, est, en effet, d'informer le preneur d'assurance – sur les éléments qui ont servi de base au consentement de l'assureur – et de lui faciliter la preuve des éléments qu'il a déclarés à l'assureur (dans l'hypothèse où ce dernier viendrait à invoquer des omissions ou inexactitudes dans la déclaration du sinistre). Avec plusieurs auteurs, nous pensons que si l'assureur omettait de délivrer à l'assuré une copie certifiée conforme des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit, l'assureur serait privé du droit d'invoquer les éventuels manquements à l'obligation de déclaration sur la base des articles 6 et 7 de la loi⁵¹⁴. Cette sanction, qui exclut la remise en cause de la validité du contrat, paraît la plus conforme à la volonté du législateur.

Au terme de cette analyse de l'article 10, il apparaît que cette disposition ne permet pas de remettre en cause le caractère consensuel du contrat d'assurance⁵¹⁵.

415. Tout au plus l'article 10 fixe-t-il des règles de preuve dérogatoires au droit commun à un triple titre : 1° un écrit est toujours exigé, même en-dessous de 15.000 FB ; 2° un écrit est exigé même lorsqu'il s'agit de faire preuve à l'égard d'un commerçant ; 3° l'article 10 est impératif. Or l'exposé des motifs de la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire précise que la modification légale "est applicable à tous les actes sous seing privé pour autant qu'ils ne soient pas soumis à une législation spécifique. Conformément à l'adage juridique '*lex specialis derogat generalis*', il n'est pas touché aux dispositions spécifiques relatives à la preuve ou aux prescriptions concernant la forme de certaines obligations issues de contrats, telles que prévues par le Code civil lui-même ou par une réglementation spécifique". Faut-il tenir dès lors que l'article 10 constitue un régime spécifique dérogeant à l'article 1322 (nouvelle mouture) du Code civil, en sorte que le contrat d'assurance ne pourrait bénéficier de cette récente modification légale ? Le doute est permis, nous semble-t-il. Si l'article 10

⁵¹⁴ J.-M. TRIGAUX, *op. cit.*, p. 210 ; M.-A. CRIJNS, *Le droit du contrat d'assurance*, Bruxelles, CREADIF, 1996, p. 38.

⁵¹⁵ J.-L. FAGNART, "Formation et exécution du contrat", in *La loi du 25 juin 1992...*, *op. cit.*, p. 72, n° 37 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 105 et 204 ; M.-A. CRIJNS, *op. cit.*, p. 29.

ne fait, formellement, aucune référence à la notion de signature, il paraît clair néanmoins que l'exigence porte bien sur un écrit signé.

A cet égard, on note l'intérêt d'inscrire, dans la loi de transposition de la directive, une disposition prévoyant qu'en tous les cas où un texte légal ou réglementaire exige une signature au cours du processus contractuel, cette exigence est satisfaite lorsqu'elle répond aux conditions de l'article 4, § 4, de la future loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. Reste que le caractère impératif de l'article 10 fait obstacle à l'élaboration, dans le secteur des assurances, de conventions visant à permettre l'utilisation d'autres mécanismes de signature électronique que celle dite "avancée". Enfin, la notion d'écrit n'est pas précisée dans la loi du 20 octobre 2000, l'exposé des motifs de celle-ci se contentant, à cet égard, de renvoyer à l'accord unanime de la doctrine en faveur d'une interprétation large de la notion. Il est permis de penser qu'une définition fonctionnelle de l'écrit est *supposée* par le législateur : "dans le cas contraire, en effet, l'introduction de la signature électronique serait totalement inefficace. A quoi bon préciser que la signature que doit revêtir l'écrit pour accéder au statut d'acte sous seing privé peut être électronique si l'écrit lui-même ne peut présenter une telle nature ? Le postulat de rationalité du législateur implique donc, à notre sens, que ce législateur ait retenu, en dehors de tout texte légal, une conception fonctionnelle de l'écrit"⁵¹⁶. Néanmoins, pour assurer pleinement la sécurité juridique, nous préférons que la loi de transposition précise, de manière *explicite*, que le concept d'écrit s'entend indépendamment de son support.

416. Notre conclusion selon laquelle le contrat d'assurance est un contrat consensuel doit être nuancée dans deux cas particuliers, visés à l'article 4, § 2 de la loi. Cette disposition énonce qu'en cas de *police présignée* ou de *demande d'assurance*, le contrat est formé dès la signature de l'un de ces *documents* par le preneur.

La police présignée est, comme son nom l'indique, une police d'assurance signée préalablement par l'assureur et contenant une offre de contracter aux conditions qui y sont décrites, éventuellement complétées par les spécifications que le preneur d'assurance mentionne aux endroits prévus à cet effet (art. 1, M, de la loi). L'intérêt de ce type de document est de permettre la conclusion sans grandes formalités de contrats

⁵¹⁶ P. LECOCQ et B. VANBRABANT, "La preuve du contrat conclu par voie électronique", in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau, 2001, p. 131.

largement standardisés pour lesquels une appréciation individualisée du risque n'est pas jugée nécessaire.

Quel est le sort de la police présignée dans le contexte numérique ? Il s'agit, en effet, d'un "document" unique sur lequel les deux parties vont successivement apposer leur signature et que le preneur doit compléter. On peut se demander s'il est possible, techniquement, qu'un document électronique signé soit complété (c'est-à-dire modifié) par une autre personne que son auteur, puis signé et enfin réexpédié à l'émetteur ? Selon les experts en cryptographie consultés, rien ne s'oppose à ce que le destinataire d'un message électronique en vérifie la signature (afin d'authentifier l'émetteur), le complète, le signe à son tour et le réexpédie. Si le document reçu est également chiffré, il y a lieu au préalable de le déchiffrer, après quoi l'on retombe sur l'hypothèse précédente. Rien n'empêche alors de re-chiffrer l'entièreté du document à retourner à l'émetteur (et ce, qu'il contienne ou non la signature de l'émetteur initial). Toutefois, le problème, dans ce schéma de signature électronique, est qu'évidemment les deux parties ne signent pas le "même" document: le premier signe ce qu'il en connaît, c'est-à-dire la version à compléter, et le client signe le texte qu'il a complété. Adjoindre à cela une copie du document d'origine et sa signature peut donc s'avérer utile à des fins probatoires. Pour éviter les surprises, il y a intérêt à trouver la manière d'imposer cette praxis au sein du secteur des assurances. Sans doute l'Office de contrôle des assurances est-il le mieux placé pour formuler une recommandation en ce sens de manière à éviter toute tentative d'écart inattendu par rapport à la définition légale de la police présignée.

La demande d'assurance est un formulaire émanant de l'assureur par lequel celui-ci offre de prendre le risque en charge provisoirement, à la demande du preneur d'assurance (art. 1, K)⁵¹⁷. L'intérêt de ce document est de pouvoir délivrer à bref délai une couverture temporaire, sans préjuger de la conclusion ultérieure d'un contrat définitif.

La signature et l'écrit que celle-ci suppose nécessairement apparaissent, dans ces deux hypothèses, comme des éléments indispensables à la formation du contrat. Dès lors que l'accord de volonté ne suffit pas, à lui

⁵¹⁷ La loi envisage un troisième document, qui n'est pas à confondre avec les deux premiers. Il s'agit de la *proposition d'assurance*, définie comme "un formulaire [sur support papier actuellement] émanant de l'assureur, à remplir par le preneur, et destiné à éclairer l'assureur sur la nature de l'opération et sur les faits et circonstances qui constituent pour lui des éléments d'appréciation du risque" (art. 1, L, de la loi). Ce document ne peut toutefois s'analyser en une offre au sens juridique de la notion, à défaut d'indiquer notamment le montant de la prime, qui est un élément essentiel du contrat. L'article 4, § 1^{er}, confirme, du reste, cette opinion, en précisant que "la proposition d'assurance n'engage ni le candidat preneur d'assurance ni l'assureur à conclure le contrat".

seul, à faire naître valablement le contrat, il est permis d'estimer qu'en cas de police présignée ou de demande d'assurance, le contrat d'assurance s'analyse en un contrat solennel.

Il sera indispensable de prévoir un équivalent électronique de l'écrit exigé *ad validitatem* dans les hypothèses visées à l'article 4, § 2. A cet effet, il y a lieu de remarquer qu'une clause générale qui permette d'assimiler à l'écrit tout message de données quels qu'en soient le support et les modalités de transmission (ou autre formule équivalente) ne saurait suffire. Encore convient-il de prévoir semblable assimilation lorsqu'est exigé, pour l'une des étapes du processus contractuel, notamment un "document" ou un "formulaire".

Enfin, l'article 4, § 3, dispose que, "dès leur réception, l'assureur procédera au datage systématique des propositions d'assurance, des polices présignées et des demandes d'assurance". Cette règle trouve sa raison d'être évidente dans la nécessité de déterminer avec précision la date de prise d'effet de la couverture d'assurance. Dans le cadre des contrats conclus par voie électronique, un système d'horodatage doit permettre de satisfaire à cette exigence.

417. D'autres formalités diverses sont encore à relever dans la loi du 25 juin 1992.

Tout d'abord, l'article 29 dispose que "la résiliation du contrat se fait par lettre recommandée à la poste, par exploit d'huissier ou par remise de la lettre de résiliation contre récépissé". Cette exigence ne pose pas problème dans le contexte des réseaux numériques (cf. l'AR du 9 juin 1999 et la loi du 20 octobre 2000) (*supra*, n° 408 et *infra*, n° 432).

Ensuite, l'article 76 dispose que "la cession à un tiers des droits et obligations découlant d'un contrat d'assurance-crédit ou d'assurance-caution n'est opposable à l'assureur que si celui-ci a donné son consentement par écrit". Cette formalité d'opposition pourra bénéficier de la clause d'assimilation relative à l'écrit à prévoir dans la loi en projet.

Enfin, certaines opérations spécifiques ne peuvent s'opérer que par avenant signé soit par le preneur d'assurance, le créancier gagiste et l'assureur (mise en gage du contrat : cf. art. 118), soit par le cédant, le cessionnaire et l'assureur (cession de tout ou partie des droits résultant du contrat : cf. art. 120), soit par le bénéficiaire, le preneur d'assurance et l'assureur (acceptation du bénéfice par le bénéficiaire désigné : cf. art. 123). Transposées au domaine numérique, ces formalités pourront

être aisément satisfaites dans la mesure où il est possible de pourvoir un document électronique de plusieurs signatures. Dans ce cas, il faut être attentif à respecter l'ordre des signatures et à procéder à leur vérification en ordre inverse.

4. Loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire⁵¹⁸

418. Selon l'article 14 de la loi, inséré dans le chapitre relatif au contrat de crédit, le prêteur doit, avant la *signature* du contrat, fournir au candidat-emprunteur une offre *écrite* qui contient toutes les conditions du contrat, ainsi que la durée de validité de l'offre. L'article 15 ajoute qu'au moment de la *signature* du contrat, une *copie* de l'acte constitutif doit être remise à l'emprunteur. La notion de copie semble inappropriée dans la mesure où il est inconcevable que le législateur n'ait pas voulu viser la remise d'un exemplaire signé⁵¹⁹.

419. Les mentions qui doivent se trouver dans l'acte constitutif varient en fonction des hypothèses visées. Elles sont soit libres en la forme (art. 21 et 26) soit déterminées en la forme (art. 20). Selon l'article 20, "l'émission de lettre de change et la souscription de billets à ordre en représentation d'un crédit hypothécaire sont autorisées aux conditions suivantes : (...) d) le prêteur s'engage à *inscrire sur l'effet lui-même* une interdiction d'endosser à nouveau celui-ci et à n'endosser l'effet que si l'endossataire, préalablement et par *écrit* : (...) s'engage à mentionner le paiement dont le prêteur a donné quittance *sur l'effet lui-même*". L'article 20 ajoute que "l'acte constitutif *reprend l'intégralité du texte* du présent article et stipule expressément que le prêteur prend les engagements" visés ci-dessus. Selon l'article 21, s'il y a amortissement du capital, "*l'acte constitutif doit déterminer* les charges périodiques constituées par le versement amortissant et les intérêts, ainsi que les époques et conditions auxquelles doivent être payés ces montants. Il doit en plus *comprendre un tableau d'amortissement* qui doit contenir la décomposition de chaque charge périodique, ainsi que l'indication du solde restant dû après chaque paiement. (...) Le contrat adjoint doit *indiquer* précisément les obligations de l'emprunteur résultant de l'adjonction". L'article 26, quant à lui, prévoit le droit pour l'emprunteur d'effectuer à tout moment le remboursement total du capital. Pour ce faire, il a le choix entre différentes modalités qui, selon la loi, doivent être *énoncées* dans l'acte constitutif.

⁵¹⁸ M.B., 19 août 1992, modifiée à diverses reprises.

⁵¹⁹ Grégoire JAKHIAN renforce cette idée en précisant qu'en "pratique, ce sera le notaire instrumentant qui se chargera de cette formalité au nom du prêteur", G. JAKHIAN, *Le crédit hypothécaire – Examen de la loi du 4 août 1992*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 65.

420. Les dispositions du titre 1^{er} de la loi hypothécaire revêtent assurément un caractère impératif puisque l'article 3 énonce que "Toute stipulation contraire aux dispositions du présent titre et de ses arrêtés d'exécution est nulle"⁵²⁰. Certaines d'entre elles (par exemple, l'article 20) relèvent même de l'ordre public, leur non respect étant assorti de sanctions pénales.

Au titre des sanctions, indépendamment des sanctions pénales, la loi se caractérise par une certaine originalité. La sanction générale énoncée à l'article 28, § 1^{er}, prévoit que "Si le prêteur ne respecte pas les obligations ou interdictions contenues dans le présent titre ou dans ses arrêtés d'exécution, l'emprunteur peut rembourser le crédit à tout moment et sans indemnité quelconque à sa charge"⁵²¹. Une sanction particulière, qui semble peu dissuasive, frappe le prêteur qui ne ferait pas d'offre écrite : l'emprunteur ne peut supporter les frais de dossier, et, si une avance a été faite, elle devra être remboursée (art. 1, al.2). Par ailleurs, les articles 31 et suivants prévoient également des sanctions spécifiques en cas de non-respect des exigences des articles 20 et 21. En effet, selon l'article 31, le non-respect des dispositions de l'article 20 crée pour le contrevenant l'obligation de rembourser à l'emprunteur les intérêts courus du contrat de crédit. En outre, l'article 32 énonce notamment : lorsque, par suite d'inobservation de l'article 21, il n'est pas possible de déterminer les montants des versements amortissants, l'emprunteur n'est pas tenu d'effectuer de tels versements.

De par leur caractère impératif, les formalités prévues par la loi relative au crédit hypothécaire relèvent manifestement du formalisme de protection⁵²², ce qui porte à considérer que le contrat de crédit hypothécaire est un contrat solennel.

421. D'autres formalités sont requises dans les titres II et III de la loi. L'article 47, § 2, dispose que l'entreprise hypothécaire doit mettre à la disposition des intéressés une information sous forme de *prospectus*, dont le contenu minimum est fixé par arrêté royal⁵²³. Le § 3 ajoute que lorsque le candidat-emprunteur s'oblige à payer des frais de dossier ou d'expertise, ceux-ci doivent être mentionnés dans un *formulaire* de

⁵²⁰ G. JAKHIAN, *op. cit.*, pp. 26 à 30.

⁵²¹ Il n'est toutefois pas évident que cette sanction puisse s'appliquer en cas de violation de l'article 14. Pour plus de détails, voy. G. JAKHIAN, *op. cit.*, pp. 63 et 82.

⁵²² G. JAKHIAN, *op. cit.*, pp. 62 et 82.

⁵²³ Article 12 de l'arrêté royal du 5 février 1993 (*M.B.*, 24 février 1993). L'article 14 précise que les données et mentions, visées notamment par l'article 12, doivent être apportées de manière lisible, apparente et non équivoque.

demande *signé* par lui. L'article 51, § 3, dispose que "l'acte du consentement à radiation ou à réduction est accompagné d'une *copie certifiée conforme* ou d'un *extrait littéral* certifié conforme de l'acte sous seing privé de cession". Ces formalités, qui interviennent à l'une ou l'autre des étapes du processus contractuel (publicité, offre, cession), apparaissent comme des obstacles à la conclusion du contrat par voie électronique.

422. Remarquons que cette loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire bénéficie de deux des exclusions prévues à l'article 9, § 2, de la directive, à savoir "les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale" et "les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention (...) de professions exerçant une autorité publique". La loi rentre sans conteste dans ces exclusions pour deux raisons. Tout d'abord, l'article 1^{er} définit son champ d'application comme suit : "Le présent titre s'applique au crédit hypothécaire ayant pour objet le financement de l'acquisition ou la conservation de droits réels immobiliers, consenti à une personne physique qui agit exclusivement dans un but pouvant être considéré comme étranger à ses activités commerciales, professionnelles ou artisanales ...". Ensuite, l'acte constitutif d'hypothèque prend la forme authentique, ce qui implique l'intervention d'un notaire. En conclusion, la Belgique n'a pas l'obligation de modifier les exigences formelles de cette loi lors de la transposition, ce qui ne l'empêche toutefois pas de le faire.

5. Loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial⁵²⁴

423. La loi sur le courtage matrimonial ne contient aucune disposition générale relative au caractère supplétif, impératif ou d'ordre public de ses dispositions⁵²⁵. On peut toutefois estimer que les dispositions assorties d'une sanction pénale relèvent de l'ordre public. Les autres dispositions sont à tout le moins impératives dès lors que le volonté, clairement affirmée, du législateur était de protéger des personnes contre les abus de certaines entreprises de courtage matrimonial.

Aux termes de l'article 6, §§ 1 et 2, le contrat *écrit* conclu entre l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit contenir, à peine de nullité, une série de *mentions obligatoires* (identification des parties, date

⁵²⁴ M.B., 24 avril 1993.

⁵²⁵ Cf. J.-P. DELACROIX, "A propos de la loi sur le courtage matrimonial", *J.T.*, 1993, p. 142.

de prise d'effet du contrat, description exacte des services offerts, etc.). La manière dont ces mentions doivent être intégrées dans le contrat n'est pas précisée. Ces formalités relèvent assurément du formalisme de protection et permettent de qualifier le contrat de courtage matrimonial de contrat solennel.

L'article 6, § 1^{er}, 6° prévoit, en outre, l'obligation d'insérer dans le contrat une clause de renonciation dont le contenu et la forme sont soigneusement définis. La clause type à reproduire doit être *rédigée en caractère gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page*.

6. Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages⁵²⁶

424. Il ressort de l'article 3 de la loi que ses dispositions sont sans conteste impératives. L'article 10, § 1^{er} (contrat d'organisation de voyages) et l'article 23, § 2 (contrat d'intermédiaire de voyages) énonce une série de mentions obligatoires à intégrer dans le contrat (le lieu et la date de la signature, le nom et l'adresse de l'organisation et/ou de l'intermédiaire de voyages, etc.).

Les articles 10, § 2 et 23, § 3 imposent la mention de données supplémentaires si elles sont pertinentes (la situation de l'hébergement, sa catégorie touristique ou son niveau de confort, ses principales caractéristiques, sa conformité au regard de la réglementation du pays d'accueil, la nature et le nombre de repas inclus, la description de l'itinéraire, etc.). Ces dispositions n'imposent pas la forme de l'insertion des mentions dans le contrat. L'article 23 dispose, par ailleurs, que toute vente par un intermédiaire de voyages d'une prestation de voyage ou de séjour ou d'une autre prestation doit, sauf si elle porte uniquement sur des titres de transport, faire l'objet d'un contrat [écrit]⁵²⁷, dont un exemplaire – devant, lui aussi, inclure une série de mentions – doit être remis au voyageur.

Ces formalités relèvent du formalisme de protection et permettent de considérer que les contrats de voyages sont des contrats solennels. Le non-respect des formalités requises pourrait donner lieu à la nullité absolue du contrat d'organisation ou d'intermédiaire de voyages. On

⁵²⁶ M.B., 1^{er} avril 1994.

⁵²⁷ Rajouté par nous afin de donner un sens à cette exigence qui, à défaut de cette précision, serait parfaitement tautologique.

s'avise, en effet, que l'article 33 de la loi prévoit des amendes en cas d'infraction aux dispositions citées.

7. Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale⁵²⁸

425. Selon l'article 5, "chaque partie a le droit, nonobstant toute stipulation contraire, d'obtenir de l'autre partie un *écrit signé* mentionnant le contenu du contrat d'agence, y compris celui des avenants ultérieurs". Cette disposition est, sans équivoque, impérative⁵²⁹. Il n'est donc pas possible d'y déroger avant la naissance du litige. Elle semble toutefois se limiter à offrir le droit, à la partie qui le demande, d'obtenir un écrit signé, probablement à des fins probatoires, sans aller jusqu'à exiger que le contrat d'agence soit systématiquement constaté par écrit. Cette interprétation découle notamment de l'article 4, relatif à la durée du contrat, qui semble admettre que le contrat puisse ne pas faire l'objet d'un écrit. En effet, à l'instar de la loi sur le contrat de travail, il indique que le contrat d'agence est conclu pour une durée indéterminée lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'un écrit. Le contrat d'agence commerciale peut donc s'analyser comme un contrat consensuel. Un contrat d'agence verbal est donc valable⁵³⁰.

La loi n'impose aucune mention obligatoire dans le contrat, hormis pour la clause de non-concurrence. Selon l'article 24, § 1^{er}, "Une clause de non-concurrence n'est valable que si : 1° elle a été stipulée *par écrit* ; 2° elle concerne le type d'affaires dont l'agent était chargé ; 3° elle ne vise que le secteur géographique ou le groupe de personne confiés à l'agent ; 4° elle n'excède pas six mois après la cessation du contrat". Un écrit étant requis pour que la clause de non-concurrence soit valable, cette exigence donne à cette clause un caractère solennel.

Pour ce qui est de la fin du contrat d'agence commerciale, la loi impose certaines formalités et mentions. Selon l'article 18, § 2, "La résiliation est notifiée par la remise à l'autre partie d'un *écrit* qui *indique* le début et la durée du préavis. La notification peut également être faite soit par *lettre recommandée à la poste* (...) soit par *exploit d'huissier de justice*"⁵³¹.

⁵²⁸ M.B., 2 juin 1995.

⁵²⁹ Pour ce qui est du caractère impératif ou non des autres dispositions, voy. A. DE SCHOUTHEETE, J. STUYCK, C. VERBRAEKEN, *Manuel des contrats de distribution commerciale : concession de vente, agence commerciale, franchise*, Bruxelles, Kluwer éditions juridiques, 1997, pp. 82 à 83.

⁵³⁰ A. DE SCHOUTHEETE, J. STUYCK, C. VERBRAEKEN, *op. cit.*, pp. 100 à 101.

⁵³¹ A. THEUX, *La fin du contrat d'agence commerciale : articles 18 à 24 de la loi du 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 22 à 26.

Enfin, un écrit est encore exigé dans l'hypothèse visée à l'article 25 : "La convention par laquelle l'agent commercial garantit des obligations incombant à des tiers dans une affaire qu'il a négociée ou conclue doit être rédigée par écrit". La loi ne prévoit aucune sanction en cas de violation de cette disposition mais on peut déduire de la formulation de celle-ci ("doit être") qu'une telle convention, non constatée par écrit, serait frappée de nullité. Il s'agit une nouvelle fois d'un contrat solennel.

8. Loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux⁵³²

426. Le contrat de bail commercial est de toute évidence un contrat consensuel. En effet, la loi n'exige en rien un écrit ou une autre formalité comme condition de sa formation⁵³³, l'article 1^{er} admettant même que la constitution du bail puisse être "tacite dès l'entrée en jouissance du preneur".

Si des formalités ne sont pas requises pour la formation du contrat, celles-ci sont fréquentes en cours d'exécution du contrat : le preneur doit avertir le bailleur par *lettre recommandée à la poste* ou par *exploit d'huissier de justice* de son intention d'effectuer des transformations dans les lieux loués (art. 7), le preneur qui souhaite sous-louer ou céder son bail doit signifier au bailleur le projet d'acte de cession ou de sous-location et ce par *lettre recommandée à la poste* ou par *exploit d'huissier de justice* (art. 10), un accord des parties constaté par un *acte authentique* ou par une *déclaration faite devant le juge* est nécessaire pour supprimer le droit du preneur au renouvellement du bail (art. 13), le preneur désireux d'exercer le droit au renouvellement doit, *à peine de déchéance*, le notifier au bailleur par *exploit d'huissier de justice* ou par *lettre recommandée* (...) et la notification doit indiquer, *à peine de nullité*, les conditions auxquelles le preneur lui-même est disposé à conclure le nouveau bail et contenir la *mention* qu'à défaut de notification par le bailleur, suivant les mêmes voies et dans les trois mois, de son refus motivé de renouvellement, de la stipulation de conditions différentes ou d'offres d'un tiers, le bailleur sera présumé consentir au renouvellement du bail aux conditions proposées (art. 14), le preneur peut mettre fin au bail en cours soit à l'expiration de chaque triennat, moyennant un préavis de six mois, par *exploit d'huissier de justice* ou par *lettre recommandée à la poste* soit à tout moment, à condition que leur accord soit constaté par un *acte authentique* ou par une *déclaration faite devant le juge* (art. 3).

⁵³² M.B., 10 mai 1951, modifiée à diverses reprises.

⁵³³ J. 'T KINT et M. GOGHAIRD, "Le bail commercial", *Rép. Not.*, t. VIII, 1. IV, p. 83.

Ces formalités étant prescrites à des fins de protection des parties, on peut supposer que leur non-respect sera sanctionné par la nullité des “notifications”. Notons d’ailleurs que si les dispositions de la loi ne sont pas d’ordre public, elles sont à tout le moins impératives, sauf lorsque la loi en dispose autrement⁵³⁴. Il serait douteux que le nouvel article 2281 du Code civil puisse s’appliquer dans ces hypothèses en raison de l’insécurité juridique qui en résulterait.

9. Loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme⁵³⁵

427. Étant donné les spécificités de ce type de bail, il n’entre pas dans nos intentions d’effectuer un relevé exhaustif des formalités prescrites par la loi sur les baux à ferme. Néanmoins, certaines particularités sont mises en exergue.

428. Selon l’article 3, “le bail doit être constaté par écrit”. Cette exigence d’un écrit ne semble pas être une condition de validité du contrat⁵³⁶, mais constitue une condition *sine qua non* pour permettre au bailleur, et à lui seul, de faire la preuve du contrat. Le preneur, par contre, bénéficie de la possibilité de faire la preuve du contrat par toutes voies de droit. En effet, le même article ajoute qu’ “à défaut de pareil écrit, celui qui exploite un bien rural pourra fournir la preuve de l’existence du bail et de ses conditions par toutes voies de droit, témoins et présomptions compris”. A contrario, il résulte de cette disposition qu’à défaut de pareil écrit, le bailleur ne sera pas en mesure de faire la preuve du contrat. Il découle de l’article 56 que l’article 3 est impératif : “Sont réputées inexistantes, toutes conventions par lesquelles le preneur, d’une manière expresse ou tacite, renonce, en tout ou en partie, aux droits que lui confèrent les articles 3 (...)”.

429. Les modalités relatives au congé retiennent aussi notre attention⁵³⁷. Celles-ci varient suivant que le congé est donné par le bailleur ou le preneur mais aussi suivant que les parties décident de mettre fin d’un commun accord au contrat. L’article 12 dispose que le congé donné par le bailleur “doit, à peine de nullité, indiquer clairement le ou les motifs précis pour lesquels il est donné. Il doit également contenir l’indication qu’à défaut d’acquiescement notifié par écrit au bailleur dans un délai de trente jours à dater de l’envoi, celui-ci en poursuivra la validation devant

⁵³⁴ Cass., 10 juin 1954, *Pas.*, I, p. 959.

⁵³⁵ *M.B.*, 25 novembre 1969, modifiée à diverses reprises.

⁵³⁶ V. RENIER et P. RENIER, *Le bail à ferme*, tiré à part du “Répertoire Notarial”, Bruxelles, Larcier, t. VIII, 1992, p. 157.

⁵³⁷ Pour plus de détails, voy. V. RENIER et P. RENIER, *op. cit.*, pp. 194 et s..

le juge de paix”. L’alinéa 2 ajoute que “[l]e congé doit, à peine de nullité, indiquer le nom, le prénom, la profession, la date de naissance, l’état civil et l’adresse des personnes indiquées comme devant assurer l’exploitation”. Il s’agit de mentions obligatoires. L’absence de celles-ci a pour conséquence de priver le congé de tout effet, et d’assurer ainsi la continuité du bail à ferme. Le point 4 du même article renforce le formalisme relatif au congé en énonçant qu’ “[e]st caduc le congé auquel le preneur n’a pas acquiescé par écrit, si, dans les trois mois à dater du congé, celui-ci n’a pas fait l’objet de la part du bailleur d’une demande en validation” pour ensuite privilégier, dans le point 9, la situation de fait par rapport à la volonté déclarée : “Le congé auquel le preneur a acquiescé par écrit ou qui a été validé par le juge, est considéré comme non existant lorsque le preneur reste et est laissé en possession du bien loué”. Pour ce qui est du congé donné par le preneur, l’article 14, alinéa 1^{er}, prévoit qu’il “aura toujours la faculté de mettre fin au bail moyennant un congé donné avec préavis d’un an au moins”. Quant à sa forme, l’article 57 précise qu’il doit “à peine d’inexistence, être signifié par exploit d’huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste”. Par ailleurs, si les parties souhaitent mettre fin au bail d’un commun accord, elles doivent faire constater leur accord par un acte authentique ou par une déclaration faite devant le juge de paix (art. 14, al.2).

430. Enfin, l’article 30 conditionne le droit du preneur de sous-louer ou céder son bail à l’autorisation du bailleur, cette dernière devant “à peine de nullité, être préalable à la sous-location ou à la cession et être donnée par écrit”.

10. Loi du 20 février 1991 sur les baux relatifs à la résidence principale du preneur⁵³⁸

431. Le bail de résidence principale est un contrat consensuel : sa validité ne dépend d’aucune forme, telle que la rédaction d’un écrit par exemple. Cette affirmation découle de l’article 1^{er} relatif au champ d’application qui énonce que “[l]a présente section s’applique aux baux portant sur le logement que le preneur, avec l’accord exprès *ou tacite* du bailleur, affecte dès l’entrée en jouissance à sa résidence principale”, et de l’article 3 relatif à la durée qui indique, en son § 1^{er}, que, en l’absence d’écrit (interprétation *a contrario* des §§ 6, 7 et 8), “[t]out bail (...) est réputé conclu pour une durée de neuf années”, sachant que seul un écrit permettra de prévoir une durée plus courte (§ 6) ou plus longue (§§ 7 et 8). Il va de soi que l’écrit visé par la loi doit être envisagé comme un écrit

⁵³⁸ M.B., 22 février 1991, modifiée par la loi du 13 avril 1997, M.B., 21 mai 1997.

signé, dont la fonction première est de faire la preuve, non de l'existence du bail qui peut être conclu en l'absence d'écrit, mais de sa durée⁵³⁹.

L'absence de l'exigence d'un écrit par la loi sur les baux relatifs à la résidence principale est logique et poursuit un objectif de protection du preneur. En effet, la preuve de l'existence du bail est permise, non pas nécessairement à l'aide d'un écrit ou autres formalités, mais par le constat de l'entrée en jouissance effective du preneur dans les lieux loués. Cette solution permet d'assurer la sécurité juridique en ce sens qu'elle évite le risque de remettre en cause un contrat de bail, avec les conséquences pratiques que cela implique, pour le seul motif de l'absence d'un écrit.

432. Concernant la manière de notifier le congé, l'article 3 est muet quant à la forme que doit prendre cette notification⁵⁴⁰. Celle-ci peut se faire oralement, même si, pour des questions de preuve, il est conseillé de réaliser cette notification par écrit. De surcroît, l'article 3 oblige parfois, lorsque le congé est donné par le bailleur, d'indiquer certaines mentions telles que l'identité de la personne qui occupera le bien et son lien de parenté avec le bailleur. Notons à cet égard que la partie qui donne congé devrait pouvoir bénéficier du nouvel article 2281 du Code civil, inséré par la loi du 20 octobre 2000, selon lequel : "Lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite".

433. Cette loi est en définitive très peu formaliste, sauf lorsque le bailleur souhaite prévoir un régime juridique plus strict que celui qui est consacré par défaut. Notons toutefois que ce régime plus strict a ses limites dans la mesure où, lors de la rédaction de l'écrit, les parties devront rester dans le carcan fixé par la loi et ne pourront pas déroger à ses dispositions, sans conteste, impératives (art. 12).

434. Entre autres hypothèses, un écrit est nécessaire pour pouvoir prévoir une durée du bail plus courte ou plus longue que la durée de 9 ans prévue à l'article 3, § 1^{er} (art. 3, §§ 6 à 8), la cession du bail par le preneur n'est permise (et donc valable) que s'il existe un accord écrit et préalable du bailleur (art. 4), il est possible d'exclure l'indexation du loyer à condition que l'exclusion soit expresse et que le bail ait été conclu par

⁵³⁹ Y. MERCHERS, *Le bail de résidence principale*, tiré à part du "Répertoire Notarial", Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 90 à 91.

⁵⁴⁰ Y. MERCHERS, *op. cit.*, p. 103.

écrit (art. 6), si l'indexation n'a pas été exclue, celle-ci ne s'opère qu'après que la partie intéressée en a fait la demande écrite (art. 6), les parties peuvent convenir par écrit à tout moment que le preneur s'engage à réaliser à ses frais dans le bien loué des travaux déterminés, qui incombent au bailleur, auquel cas l'écrit devra contenir certaines mentions (délais, description des travaux : art. 8), le preneur qui justifie de circonstances exceptionnelles peut demander au bailleur une prorogation du bail qui doit se faire, à peine de nullité, par lettre recommandée à la poste (art. 11).

11. Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitation et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction⁵⁴¹

435. La plupart des dispositions de la loi sont de toute évidence impératives⁵⁴². Toute clause contraire sera réputée non écrite (art. 13, al. 1^{er}) et l'inobservation d'une des dispositions de l'article 7 ou de l'article 12 entraîne la nullité de la convention ou de la promesse de convention ou la nullité de la clause contraire à la loi (art. 13, al. 2). Il s'agit, selon l'article 13, alinéa 3, d'une nullité relative : "L'une ou l'autre de ces nullités peut, aux choix, être invoquée par l'acquéreur ou par le maître de l'ouvrage (...), à l'exclusion de toute autre personne (...)". L'article 10 (qui prévoit notamment l'interdiction d'exiger ou d'accepter un paiement avant la conclusion de la convention ou de réclamer un acompte supérieur à 5 % du prix total) est, quant à lui, d'ordre public. En effet, l'article 14 sanctionne pénalement le non-respect des dispositions de l'article 10. Dans cette dernière hypothèse, la nullité est absolue.

436. Selon l'article 7, les conventions visées par la loi ainsi que les promesses de pareilles conventions doivent contenir de nombreuses mentions (notamment l'identité du propriétaire du terrain et des constructions existantes, la date de la délivrance du permis de bâtir et les conditions de ce permis, la description précise des parties privatives et des parties communes, comporter en annexe les plans précis et cahiers des charges détaillés qui doivent être signés par un architecte, le prix total de la maison ou de l'appartement et les modalités de paiement, la date du début des travaux, le mode de réception, etc.). Le même article ajoute que "[l]a convention indique, en tout cas *dans un alinéa distinct et en caractères différents et gras*, que l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage a le droit d'invoquer la nullité de la convention ou d'une clause contraire à la loi en cas de non-respect des dispositions des articles 7 et 12 ou des

⁵⁴¹ M.B., 11 septembre 1971, modifiée par la loi du 3 mai 1993, M.B., 19 juin 1993.

⁵⁴² J.-M. CHANDELLE, *La loi Breyne*, tiré à part du "Répertoire Notarial", Bruxelles, Larcier, 1996, p. 40.

dispositions prises en vertu de ces articles, dont *le texte doit être repris intégralement* dans le contrat”. Pour le reste, la loi n’indique pas la forme que doit prendre la convention. La loi vise aussi bien les conventions dont l’*instrumentum* est un simple acte sous seing privé que celles constatées par acte authentique. Etant donné les prescriptions de l’article 7, “force est de constater qu’en cette matière, le consensualisme est mort : un écrit est requis en toute hypothèse”⁵⁴³.

12. Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l’acquisition d’un droit d’utilisation d’immeubles à temps partagé⁵⁴⁴

437. Sans entrer dans une analyse fouillée de la loi, son évocation nous est apparue particulièrement opportune dans la mesure où elle récapitule pour ainsi dire, en un même texte, la plupart des exigences formelles rencontrées çà et là. Nous relevons les plus significatives. Ainsi, il résulte de l’article 5 que, lors de toute offre d’un contrat ou à la demande de tout consommateur intéressé, le vendeur est tenu de remettre gratuitement, et avant la conclusion du contrat, un *prospectus* contenant les *mentions obligatoires* énumérées aux points 1° à 12°. Ces informations font partie intégrante du contrat (art. 6, § 1^{er}).

Par ailleurs, sous peine de nullité, le contrat doit être *établi par écrit* et être rédigé en autant d’*exemplaires* qu’il y a de parties contractantes. Il doit mentionner de manière lisible et non équivoque la plupart des mentions visées à l’article 5 ainsi que les indications figurant à l’article 7, § 1^{er}. Sous peine de nullité, le contrat doit *mentionner en caractère gras* dans un *cadre distinct du texte*, au recto de la première page, le texte des articles 9 et 10, qui sont relatifs au droit de renonciation (art. 7, § 1^{er}, dernier alinéa). En outre, l’acquéreur doit faire précéder sa signature de la *mention manuscrite et en toutes lettres* : “*lu et approuvé*”. Il doit y apporter également la *mention manuscrite de la date et du lieu* précis de la signature du contrat (art. 7, § 2).

Enfin, l’acquéreur qui entend exercer son droit de renoncer au contrat doit le notifier au vendeur, par *lettre recommandée*, avant l’expiration des délais prévus (art. 9, § 2).

⁵⁴³ J.-M. CHANDELLE, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁴⁴ M.B., 30 avril 1999.

C. Le formalisme dans le contrat de travail

438. Dans les lois particulières réglementant divers contrats de travail (contrats à durée déterminée, contrats d'apprentissage, contrats de travail à temps partiel, contrats de travail temporaire et intérimaire, contrat de travail du sportif rémunéré...), les manifestations du formalismes sont nombreuses⁵⁴⁵. Il n'est naturellement pas possible de procéder à un inventaire systématique et exhaustif de toutes les exigences de forme prescrites en ce vaste domaine. Toutefois, il est permis de relever des constantes. Il s'agit généralement d'un formalisme destiné à protéger la partie faible. Cette préoccupation s'exprime, le plus souvent, par un formalisme de l'écrit et des mentions obligatoires en vue d'informer adéquatement cette dernière, d'éclairer son consentement, d'attirer son attention sur certains aspects du contrat conclu et de fixer des points sans équivoque.

439. Le contrat d'apprentissage est sans doute l'un des contrats de travail les plus soigneusement réglementés⁵⁴⁶. Il doit être constaté par écrit et contenir diverses mentions, notamment la nature, l'objet et la durée du contrat, le siège de l'entreprise et le lieu où la formation est donnée, les obligations des parties, le programme de formation individuel établi par le patron... (art. 7). Depuis une loi du 6 mai 1998, il doit même être établi suivant le modèle fixé dans le règlement d'apprentissage (art. 6).

Dans certains cas, les formalités sont prescrites à peine de nullité du contrat en entier. Dans d'autres cas, le formalisme concerne seulement certaines clauses de sorte que l'irrégularité éventuelle n'affecte que les clauses concernées (ex. : art. 67 de la loi du 3 juillet 1978, relatif à la clause d'essai). Il arrive aussi que le formalisme ait une fonction purement probatoire et soit donc sans incidence sur la validité du contrat. Tel semble être le cas, notamment, du contrat d'occupation d'étudiants (réglementé au titre VI de la loi du 3 juillet 1978), qui doit être *constaté* par un écrit (art. 123) et comporter une série de mentions (art. 124). On peut mentionner également l'article 65, *in fine*, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (*M.B.*, 22 août) qui dispose que “[s]ous peine de nullité, la clause [de non-concurrence] doit être *constatée* par un écrit déterminant les modalités d'application des conditions énoncées ci-

⁵⁴⁵ A ce sujet, voy., en particulier, M. VERICEL, “Le formalisme dans le contrat de travail”, *Dr. Soc.*, 1993, pp. 818-825 ; P. BRASSEUR, *op. cit.*, chap. VII, section 2.

⁵⁴⁶ Loi du 19 juillet 1983 sur l'apprentissage de professions exercées par des travailleurs salariés, *M.B.*, 31 août 1983.

dessus”. On en déduit que l’écrit est en tout cas une condition de validité de la clause de non-concurrence.

440. Les sanctions prévues en cas de non-respect du formalisme présentent parfois une originalité certaine. Ainsi, la loi du 3 juillet 1978 prévoit-elle, en son article 9, que le contrat de travail conclu pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini doit être constaté par écrit pour chaque travailleur individuellement (...), à défaut il est disqualifié en contrat à durée indéterminée (cf. art. 9, al. 2, et art. 11, al. 1^{er})⁵⁴⁷. L’article 11*bis* de la même loi dispose que “[l]e contrat conclu à temps partiel doit être constaté par écrit pour chaque travailleur individuellement (...) Cet écrit doit mentionner le régime de travail à temps partiel et l’horaire convenus (...)”, à défaut de quoi le travailleur peut choisir le régime de travail et l’horaire à temps partiel qui lui sont le plus favorables (cf. l’art. 11*bis*, al. 4 pour plus de précisions sur cette sanction).

Au titre des mécanismes de sanction originaux, on cite encore celle résultant de la combinaison des articles 8 et 9 de la loi du 19 juillet 1983 sur le contrat d’apprentissage. Aux termes de l’article 8, pareil contrat est nul s’il n’est pas conclu conformément aux dispositions de ladite loi. Toutefois, l’article 9 prend soin de préciser que “[l]a nullité du contrat d’apprentissage visée à l’article 8 ne peut être opposée aux droits de l’apprenti qui découlent de l’application de la présente loi”. Il ne s’agit donc pas d’une nullité relative, ni d’une nullité absolue, mais d’une nullité modulable en fonction des intérêts du travailleur.

IV. RÉFLEXIONS FINALES ET RECOMMANDATIONS

441. Notre tour d’horizon des exigences de forme éparses dans notre arsenal législatif est naturellement parcellaire. D’autres législations auraient pu être analysées. Cependant, en ce qu’ils révèlent un certain nombre de formalités récurrentes, les textes épinglés suffisent, nous semble-t-il, pour pouvoir conclure sur quelques réflexions de synthèse et recommandations en vue de la transposition de l’article 9 de la directive.

L’analyse des textes démontre que, parmi la grande variété des formalités susceptibles de faire obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, certaines reviennent régulièrement dans les législations

⁵⁴⁷ Rappr. loi du 24 février 1978 relative au contrat de travail du sportif rémunéré (*M.B.*, 9 mars), art. 4 et 5 ; loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d’utilisateurs (*M.B.*, 20 août).

visitées. Ainsi, les notions d'écrit, de signature, de lettre recommandée à la poste, l'exigence de mentions à des fins d'information, qui parfois doivent être écrites de la main ou "manuscrites" ou revêtir une certaine mise en forme (caractère gras, dans un encadré, etc.), constituent des constantes dans notre droit.

442. Sur la base de ce constat, le législateur a le choix entre plusieurs orientations, non nécessairement exclusives l'une de l'autre, dans l'objectif de transposer le plus adéquatement possible les exigences de l'article 9. Les deux pistes de solution qui viennent immédiatement à l'esprit sont, d'une part, la modification, disposition par disposition, des multiples textes concernés, d'autre part, l'adoption d'une ou de plusieurs dispositions transversales qui chapeauteraient l'ensemble des textes législatifs et réglementaires.

L'approche qui consisterait à modifier les textes légaux, disposition par disposition, présente l'avantage de permettre d'opérer les modifications les plus adéquates en fonction des différentes formalités prescrites et des objectifs poursuivis par celles-ci. Néanmoins, pareille entreprise présente au moins deux inconvénients majeurs : tout d'abord, elle nécessite un inventaire complet de l'ensemble des dispositions éparses dans notre arsenal législatif et réglementaire, ce qui représente une tâche considérable et fastidieuse, voire impossible étant donné le court délai de transposition de la directive, sans compter le risque de manquer certaines d'entre elles ; ensuite, ce type d'approche n'est pas de nature à assurer la cohérence d'ensemble des modifications. Dans la mesure où elle serait la seule adoptée, cette approche ne semble pas adéquate. Néanmoins, elle pourrait être d'un grand secours en vue de combler les éventuelles (inévitables ?) défaillances liées à l'adoption de dispositions transversales, qui ne pourront certainement pas couvrir la totalité des formalités exigées par la loi au cours du processus contractuel.

La seconde approche consisterait à adopter une ou plusieurs dispositions transversales ayant pour effet d'obliger les parties et le juge à adopter une conception des formalités (écrit, mentions manuscrites, exemplaire, etc.) plus ouverte et indépendante du support. Dans cette optique, le travail le plus délicat consistera à déterminer, d'une part, les formalités devant faire l'objet de cette (ces) disposition(s) transversale(s), d'autre part, les garanties qui devront être remplies par les formalités devenues ainsi "matérielles ou immatérielles" (selon l'environnement considéré), afin de maintenir un niveau de sécurité juridique comparable. Cette solution a

déjà été tentée par la récente loi du 20 octobre 2000⁵⁴⁸ qui introduit dans le Code civil un nouvel article 2281 relatif à la “notification”. Cet article prévoit notamment que “Lorsqu’une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l’a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite. (...)”.

A la réflexion, il n’apparaît pas opportun d’opter, de manière exclusive, pour l’une ou l’autre approche. Il semble, au contraire, que les deux approches devraient pouvoir être cumulées. En effet, étant donné la difficulté de la tâche, le législateur belge devrait pouvoir aboutir à une solution adéquate et équilibrée, tenant compte des impératifs de sécurité juridique et de faisabilité du système adopté, moyennant un savant mélange : en adoptant des dispositions transversales, tant générales que particulières, relatives aux formalités les plus classiques, et, pour le reste, en prévoyant une délégation au Roi pour opérer des modifications spécifiques à mesure que serait relevé un obstacle, non visé par les dispositions transversales, à la conclusion de contrats par voie électronique.

443. Au titre des dispositions transversales, une première disposition à caractère général pourrait saisir la notion de formalité au sens large, sans opérer à ce stade de distinction entre les multiples espèces de formalités. Ainsi, on pourrait indiquer que lorsqu’il est exigé, au cours du processus contractuel, une formalité de nature à faire obstacle, directement ou indirectement, à la conclusion de contrats par voie électronique, cette formalité devrait être interprétée indépendamment de sa forme et de son support. Il va de soi qu’il conviendra, idéalement dans le commentaire article par article, d’explicitier clairement que la notion de “processus contractuel” – notion inconnue comme telle dans notre droit – ne se limite pas à l’étape de la conclusion du contrat, mais comprend toutes les étapes allant de la période précontractuelle (prospectus publicitaires, offre par écrit, etc.) jusqu’à l’archivage, en passant par les modalités relatives à l’exécution du contrat (facturation, paiement, livraison) ou à la fin de celui-ci (terme, résiliation, etc.), à sa modification, à son enregistrement, etc. Il conviendra également d’illustrer le concept de “formalité” à l’aide d’une liste exemplative des formalités relatives au support (papier, notification, document ou formulaire particulier, exemplaires multiples,

⁵⁴⁸ M.B., 22 décembre 2000.

mentions obligatoires, avenant, bon de commande, facture, prospectus, etc.).

En sus de cette disposition transversale d'ordre général, des dispositions transversales particulières pourront s'attacher à certaines formalités que nous qualifierions de classiques et usuelles. Nous visons dans cette catégorie les notions d'écrit, de signature, de lettre recommandée à la poste, l'exigence de mentions à des fins d'information, qui parfois doivent être "manuscrites" ou revêtir une mise en forme déterminée.

444. Ainsi, lorsqu'un écrit est exigé au cours du processus contractuel, cette exigence devrait être satisfaite quels que soient son support et ses modalités de transmission. Il convient d'insister sur le fait que lorsque la loi utilise la notion d'écrit, elle fait en réalité référence à une notion à géométrie variable : elle utilise ce terme en visant tantôt l'écrit entendu dans sa plus simple expression (commencement de preuve par écrit, par exemple), tantôt l'écrit sur support durable, ce qui implique des garanties supplémentaires, tantôt l'écrit signé. Il semble opportun de laisser au juge le soin d'apprécier souverainement, au cas par cas, les exigences supplémentaires qui pourraient être requises (support durable, signature), sachant que ces exigences de forme supplémentaires doivent également être interprétées largement afin de pouvoir prendre la forme électronique, sans toutefois porter préjudice au niveau de protection assuré par la formalité.

445. L'exigence de mentions à des fins d'information est classique, spécialement dans les législations qui ont pour objectif de protéger une partie faible. Une nouvelle fois, ces mentions devront désormais pouvoir être fournies par tout procédé adapté à la technique de communication utilisée, et pas uniquement sur support papier. Néanmoins, encore faudrait-il que certaines garanties soient assurées et, notamment, que l'information soit fournie sans équivoque, de manière claire et compréhensible et qu'elle soit accessible pour une consultation ultérieure. Parfois, la loi exige en plus que les mentions soient écrites de la main de celui qui s'oblige. Afin de consacrer un équivalent électronique à cette exigence, une disposition pourrait prévoir que celui qui s'oblige peut satisfaire à cette exigence sous forme électronique pour autant qu'il utilise un procédé réalisant l'objectif visé (le plus souvent, attirer l'attention de la personne concernée sur l'existence et la portée de son engagement) et garantissant que la mention émane effectivement de lui-même.

446. Il est très fréquent que des textes législatifs ou réglementaires exigent l’envoi de documents par lettre recommandée ou par lettre recommandée à la poste. L’exigence de l’utilisation d’une lettre recommandée ne pose plus problème puisque, on l’a vu, un arrêté royal du 9 juin 1999 indique que le recommandé est désormais possible sur tout support, que ce service continue à faire partie des services réservés à la Poste ou non. Ainsi, l’exigence d’une lettre recommandée ne constitue plus un obstacle juridique à la conclusion de contrats par voie électronique. Le fait que la Poste n’aie pas encore à ce jour proposé un système opérationnel de recommandé électronique ne change rien à la situation. En effet, il s’agit dans ce dernier cas d’un obstacle pratique, et non plus juridique, à la conclusion de contrats par voie électronique. Indiquons par ailleurs que des sociétés privées pourraient valablement offrir ce service, en précisant toutefois qu’il faudra malgré tout passer par la Poste lorsque le recommandé est utilisé dans le cadre d’une procédure judiciaire ou administrative. Il en résulte que dans tous les autres cas, il n’y a aucune obligation de passer par le service de recommandé offert par la Poste, et cela même si la loi parle de “lettre recommandée à la poste” ! Adopter une autre interprétation reviendrait à réattribuer à la Poste, en violation des règles de concurrence, un monopole que l’arrêté royal du 9 juin 1999 lui a retiré. Afin de dissiper tout doute, une disposition pourrait prévoir que lorsqu’une “lettre recommandée à la poste” est exigée, l’obligation de passer par la Poste n’existe que pour autant que l’on se situe dans le cadre d’une procédure judiciaire ou administrative.

447. Enfin, il arrive qu’une signature, apposée sur l’un ou l’autre document, soit exigée à des fins probatoires ou autres. Dans ces hypothèses, comme l’exigence d’une signature semble revêtir une importance particulière, il conviendrait de faire le lien avec le principe de l’assimilation à une signature manuscrite consacré par l’article 4, § 4, de la loi (sur le point d’être adoptée) fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, en prévoyant que cette exigence est satisfaite lorsque la signature répond aux conditions de cet article.

448. Dans la mesure où il est possible que certaines formalités ne soient pas visées par les dispositions transversales visées ci-dessus, le législateur pourrait, comme il l’a fait pour l’euro, confier au Roi la tâche d’adapter toutes les dispositions législatives ou réglementaires qui constitueraient un obstacle persistant à la conclusion de contrats par voie électronique. Annuellement, un projet de loi reprenant les arrêtés pris sur cette base pourrait être déposé à la Chambre des représentants en vue de confirmer ceux-ci.